أول رسالة ماجستير فى مصر تتعرض لمشكلة الزواج العرفى من الناحية القانونية والشرعية

الولاية والشهادة في النكاح
وحكم الزواج العرفي

- الزواج العرفي هل هو زنا وحرام وباطل شرعا أم لا ؟
- لماذا لم يرتب القانون أية حقوق للمتزوجة عرفيا إلا فى حالة واحدة فقط ما هى ؟
- الفرق بين الشهادة والإشهار في عقد الزواج الرسمي وفي الزواج العرفي
- أثر الشهادة في عقد النكاح وحكم زواج السر
- المأذون ووقت ظهوره والموقف القانوني للعقود التي تتم بدون المأذون
- البصمة الوراثية وهل يثبت بها النسب في الزواج العرفي ؟
- قصور التشريع والمطالبة بتعديل المادتين ٧ و ١٧ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية
- هل من تزوج نفسها بدون وليها زانية ؟ وابن الزنا هل ينسب لأبيه أم لأمه ؟
- التعليق علي حكم محكمة زنانيري في أشهر قضية زواج عرفي في مصر وهل الحكم الصادر بثبوت النسب فيها مخالف لأحكام الشريعة أم لا ؟

تأليف
جمال الضمراني
المحامي بالنقض

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت . القاهرة

الولاية والشهادة في النكاح

وحكم الزواج العرفي

- الزواج العرفي هل هو زنا وحرام وباطل شرعا أم لا ؟
- لماذا لم يرتب القانون أية حقوق للمتزوجة عرفيا ؟
- الفرق بين الشهادة والإشهار في عقد الزواج الرسمي وفي الزواج العرفي وأثر الشهادة في عقد النكاح وحكم زواج السر
- المأذون ووقت ظهوره والموقف القانوني للعقود التي تتم بدون المأذون
- البصمة الوراثية وهل يثبت بها النسب في الزواج العرفي ؟
- قصور التشريع والمطالبة بتعديل المادتين ١٧ و ٧ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية المعدل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠
- التعليق علي حكم محكمة زنانيري في أشهر قضية زواج عرفي في مصر وهل الحكم الصادر بثبوت النسب فيها مخالف لأحكام الشريعة أم لا ؟

تأليف

جمال الضمراني

المحامي بالنقض

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت ـ القاهرة

إسم الكتاب : الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي
إسم المؤلف : جمال جبريل الضمراني المحامي بالنقض
عنوان المؤلف : ٤ش عمر بن الخطاب من شارع الدكتور لاشين
الكوم الأخضر - فيصل - جيزة
٣٧٧٢١٣٨٤ - ٣٧٤٢٤٦٧١ - ٠١٢٤٠١٣٥٩٤
النـــاشـــر : دار النهضة العربية للنشر والتوزيع
٣٢ شارع عبدالخالق ثروت - القاهرة
رقم الإيداع بدار الكتب المصرية : ١٥١٩٦ / ٢٠٠٧
الترقيم الدولي : ٩٧٧٠٤٥٢٥٩٩ / ٢٠٠٧
عدد الصفحات : ٤٢٠ صفحة
الطبعة الأولي : ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧ م
حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف

أصل هذا الكتاب هو الرسالة التي تقدم بها المؤلف إلي كلية الحقوق جامعة المنوفية للحصول علي درجة الماجستير في الحقوق تخصص الأحكام الشرعية وأصول الفقه في موضوع

{ الولاية والشهادة في النكاح والزواج العرفي }

وقد حصل بها - بتوفيق من الله تعالي - علي الدرجة المذكورة

بتقدير ممتاز عام ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧ م

الإهـــــــــداء

إلي كل المستمسكين بالأخلاق الكريمة والمستمسكات

إلي كل الطائعين في غير معصية الله والطائعات

والـــــــي

زوجـــتـــي أم لـــؤي وفـــهـــر

أهــدي ثواب هذا الـعـمـل

إن كـتـب الله لـه الـقـبـول

بسم الله الرحمن الرحيم

شـكـر وتـقـديـر

الحمد لله رب العالمين أحمده سبحانه حمد الشاكرين وأصلي وأسلم علي المبعوث رحمة للعالمين وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلي آله وصحبه ومن اهتدي بهديه واستن بسنته إلي يوم الدين ٠

أمـا بـعـد

فقد قال الحق سبحانه وتعالي : { ولا تنسوا الفضل بينكم } وقال سبحانه : { ولئن شكرتم لأزيدنكم } صدق الله العظيم ٠٠ والنبي صلي الله عليه وسلم يقول : { من لايشكر الناس لا يشكر الله } ٠

وعليه فإنه لا يسعني في هذا المقام إلا أن أسجد لله سبحانه وتعالي شكرا علي أن أعانني ووفقني في إنجاز هذه الدراسة العلمية ويسرني أن أتوجه بجزيل شكري عظيم تقديري للعالم الجليل والمفكر الإسلامي الكبير الأستاذ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح أستاذ الشريعة الإسلامية ورئيس قسم الشريعة وعميد كلية الحقوق الأسبق بجامعة المنوفية والمشرف علي هذه الرسالة والذي كان وسيظل لي ولغيري من طلاب العلم قدوة حسنة ونبراسا يحتذي به حيث حباه الله سبحانه وتعالي بحسن الخلق وسعة الصدر وأمانة النصح ما مكنني من إنجاز هذه الرسالة ولقد كانت له ولكتبه ومؤلفاته القيمة العظيمة بالغ الأثر في تكوين عقيدتي تجاه هذا الموضوع الحساس الذي تناولته هذه الرسالة وكان لي أبا عطوفا معلما وهاديا يهديني ويأخذ بيدي إلي الطريق الأفضل لتخطي وإجتياز هذه الصعوبات بصمود ونجاح وإنني لأشعر بالفخر والإعتزاز أن تتلمذت علي يديه وأدعوا الله أن أكون التلميذ البار بأستاذه فجزاه الله عني خير الجزاء ٠

كما أتقدم بموفور الشكر إلي العالم والمفكر الإسلامي الكبير الأستاذ الدكتور محمد نبيل الشاذلي أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الحقوق ببني سويف وإنني لأدين له كل الفضل مدي حياتي عرفانا وإمتنانا بفضله علي ولقد إستفدت كثيرا من كتبه ومؤلفاته القيمة العظيمة والتي يظهر تأثيرها واضحا جليا بين ثنايا هذه الرسالة ٠

والشكر موصول للعالم الجليل والمفكر الإسلامي الكبير الأستاذ الدكتور عبد العزيز رمضان سمك أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة الذي سعدت بشرف مشاركته في مناقشة هذه الرسالة حيث كان لي شرف أن تتلمذت علي يديه عندما كنت أدرس دبلوم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة وإنني لأشعر أن الله قد من علي بنعمة عظيمة بأن أتاح لي فرصة أن ألتقي عن قرب منه لأغترف وأنهل من فيض علمه الغزير ومؤلفاته القيمة التي أفادتني في الكثير من النقاط التي تناولها هذا البحث فجزاه الله عني خير الجزاء ٠

المؤلف

مــــقـــــدمـــــة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ٠والصلاة والسلام علي أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلي آله وصحبه ومن اهتدي بهديه واستن بسنته إلي يوم الدين ٠

وبعـد

فهذا بحث متواضع تناولت فيه شرطين مهمين من شروط صحة عقد النكاح ألا وهما :الولاية والشهادة ، لما في هذين الشرطين من أهمية بالغة تؤثر سلبا أو إيجابا علي صحة عقد النكاح ، ولأن بعضاً من الناس في هذا الزمان وبخاصة الشباب منهم قد استهان بهما وأعرض عنهما إعراضا كبيرا فكان من نتيجة ذلك نشوء ظاهرة الزواج السري أو ما يسمي بالزواج العرفي ، ولقد نتج عن ذلك مشكلات أسرية واجتماعية ونفسية عديدة أقل ما فيها كثرة ظهور أولاد الزنا وعدم اعتراف الشباب بأبنائهم الناجمين عن هذه العلاقة غير الشرعية ، وكثيرا ما يتبرأ الشاب من علاقته بتلك الفتاة فتكون الكارثة الكبري ٠٠كما أنه أحيانا ما تكون هذه العلاقة سببا في ابتزاز أبوي الفتاة ، وتهديدا لسمعتهم وشرفهم في المجتمع ٠وقد نشأ عن جماع كل ذلك أيضا مشاكل قانونية وطبية بسبب لجوء بعض الفتيات إلي بعض الأطباء لإجراء عمليات إجهاض وزرع البكارة من جديد ، وما يترتب علي ذلك من غش وتدليس للزوج الجديد ٠

فهل الزواج العرفي حلال أم حرام ؟ ؟ وما هو حكمه في الشريعة الإسلامية ؟

وهل للولاية والشهادة أثر علي صحة عقد الزواج العرفي في حالة عدم توافرهما أم لا ؟ عموما في هذه المقدمة أردت أن أنوه فيها علي أهمية البحث والمشكلات الاجتماعية التي من المفترض أن يعالجها ٠٠ وكذلك الصعوبات التي واجهتني أثناء تناول هذا البحث نظرا لحداثة الموضوع وقلة المراجع فيما يختص بمسألة الزواج العرفي وإن كانت المراجع القديمة والحديثة ثرية

وكثيرة ونافعة فيما يخص الولاية والشهادة ٠٠فكان هذا البحث المتواضع بين يدي حضراتكم ، الذي أرجو الله أن يغفر لي تقصيري فيه وأن أكون قد وفقت في سد ثغرة في هذا الموضوع الحساس جدا هذا وقد تناولت هذا البحث في أربعة أبواب أوجزها فيما يلي :

تناولت في الباب الأول منه :

الأسس والمفاهيم الشرعية لعقد الزواج الشرعي الصحيح : وتعريفه لغة واصطلاحا وحكمه الشرعي وحكمة مشروعيته ثم بيان أركان عقد الزواج الشرعي الصحيح وشروطه وصيغة الإيجاب والقبول وحكمة تشريع الصيغة في عقد الزواج ٠

ثم تناولت في الباب الثاني :

موضوع الولاية في عقد النكاح : تعريفها وأسباب ثبوتها وأنواعها والنكاح بعبارة المرأة واختلاف الفقهاء حول هذه المسألة وعضل الولي وغيبته ، وحكم الوصاية في الزواج ٠

ثم تناولت في الباب الثالث :

موضوع الشهادة : وأثرها علي عقد النكاح وحكم زواج السر وماهيته وشروط الشهود والفرق بين الشهادة والإشهار والإعلام وآراء الفقهاء المتعددة حول هذا الموضوع ٠

ثم تناولت في الباب الرابع :

ظاهرة الزواج السري أو الزواج العرفي : وصوره وأشكاله والأسباب التي أدت إلي انتشاره والآثار السلبية المترتبة عليه وموقف التشريع المصري من هذه الظاهرة ٠ وتحدثت عن بداية العمل بتوثيق عقود الزواج وحكم العقود قبل التوثيق طبقا للائحة الشرعية رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وحكم المصادقة علي العقد من عدمه ٠

ثم عرضت لبعض المشكلات القانونية والاجتماعية المترتبة علي هذا الزواج العرفي وعن البصمة الوراثية كأحدث الطرق العلمية المعتبرة لمعرفة نسبة المولود إلي أبيه ٠

وأخيرا تعرضت إلي بيان رأي علماء الدين المحدثين في هذا وبيان حكم الزواج العرفي ٠

أهـــمــيـــة الـــبـــحـــث

شكل الزواج العرفي في الآونة الأخيرة أهمية بالغة في الأوساط العلمية لما لها من خطورة بالغة علي التقاليد والمبادئ السامية للشريعة الإسلامية ٠٠٠٠ ، الأمر الذي يستدعي البحث في ثنايا هذه الظاهرة والوقوف علي مدي خطورتها لتحديد الأبعاد المتشابكة ذات الإرتباط الوثيق والتي أصبحت أحد قضايا الحوار والمناقشة في كافة المحافل العلمية والدينية ٠

الأمر الذي استرعي انتباه الباحثين كل في تخصصه لتحديد زوايا مشكلة البحث والتي تكمن في الآثار السلبية الناجمة عن الزواج العرفي وما يتفرع عنها من مشكلات التي هي في مجموعها صلب هذا البحث وهذه المشكلات تتمثل فيما يلي :

١- المشاكل الاجتماعية وبخاصة الأسرية الناجمة من جراء هذا العقد ٠

٢- المشاكل القانونية والتي تتمثل في - النسب - والآثار الناجمة عن هذا النسب وبخاصة الميراث والمحرمات من النساء ٠

٣- دور الطب في هذه المشكلة والآثار القانونية والاجتماعية المترتبة عليه ٠

٤- ضرورة صدور التشريعات التي تتعلق بمعالجة هذه المشكلة ٠

الـهــــدف مــن الــبـــحـــث

يهدف البحث إلي التعرف علي أسباب اللجوء لهذا العقد بدلا من العقد الشرعي الموثق ٠

كما يهدف البحث أيضا إلي تحديد أهم الأبعاد المرتبطة بهذا العقد محل البحث وبيان مدي علاقة كل بعد من هذه الأبعاد بموضوع العقد ٠

كما يستطرد البحث أيضا في تحديد أهم الآثار بأصول الشريعة الإسلامية للوقوف علي مدي صحتها من عدمه ٠

هذا بالإضافة إلي ذلك فإن البحث يهدف إلي معالجة أوجه القصور في التشريع المصري المعمول به حاليا (قانون الأحوال الشخصية والقوانين المعدلة له) للحد من أو تلافي هذا القصور ٠

بجانب ذلك فإن البحث أيضا يستهدف تحديد دور مجال الطب في الحد من انتشار ظاهرة الزواج العرفي ، وكذلك آثاره السلبية من خلال اتخاذ بعض الإجراءات حيال بعض الأطباء الذين يشكلون خروجا عن تقاليد ومبادئ مهنة الطب السامية وتشريعاتها الطبية ٠

كذلك يهدف البحث إلي تحديد أهم المشاكل والآثار الاجتماعية الناجمة من جراء هذا العقد ٠

بجانب ما سبق فإن البحث يهدف إلي تقديم الاقتراحات والتوصيات اللازمة بشأن هذا العقد من أجل الحد من آثاره السلبية أو تلافيها ٠

الصعوبات المتعلقة بموضوع البحث

نظرا لأن هذه المشكلة تتسم بالحداثة وبخاصة في موضوع الدراسات العلمية وقلة الذين تناولوا هذه الظاهرة من الباحثين ٠ لذا فإن البحث في هذا المجال يعتريه بعض الصعوبات من الناحية المرجعية وكذلك الصعوبات الشخصية المتعلقة بالجهد والوقت المبذول لاستيفاء بعض المصادر التي تعرضت لهذا العقد وآثاره ٠

المنهجية العلمية المتبعة والمصادر الأولية والثانوية المستقي منها موضوع البحث

يعتمد البحث في تحقيق أهدافه إلي منهج الشريعة الإسلامية باعتباره الأصل كما يعتمد البحث علي مجموعة من المصادر التي تتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وآراء الفقهاء القدامي والمحدثين ٠

كما يعتمد البحث أيضا علي بعض المصادر المرجعية من كتب ومؤلفات علمية في موضوع البحث ٠

وأتمني أن أكون قد وفقت إلي الصواب ، وإلا فالعصمة لرسوله صلي الله عليه وسلم ٠

وفيما يلي أقدم البحث ملتزما المنهج والطريقة التي تقوم عليها الأبحاث من الإجمال والتفصيل ٠

والله الموفق والهادي إلي سواء السبيل ،

المؤلف

البـــــــاب الأول

في الأسس والمفاهيم الشرعية لعقد الزواج :

وينقسم إلي فصلين :

الفصل الأول :

في تعريف عقد الزواج : لغة واصطلاحا ، وحكمة مشروعيته ، وحكمه الشرعي ثم الحديث عن أركان عقد الزواج وشروطه وبيان رأي الفقهاء في صيغة الإيجاب والقبول وحكمة تشريع الصيغة في عقد الزواج ثم الحديث بشئ من التفصيل عن شروط صيغة عقد الزواج ومدي جواز انعقاد الزواج بعاقد واحد ثم بعد ذلك الحديث عن شروط عقد الزواج بشئ من التفصيل ٠

الفصل الثاني :

في بيان أنواع عقد الزواج وأحكامه ، وبيان حكم كل نوع منها بشئ من التفصيل ثم الحديث عن بعض أنواع النكاح الأخرى مثل : نكاح الشغار ونكاح المسيار والنكاح المؤقت ونكاح المتعة ومحاولة الرد علي بعض الشبهات التي أثيرت بشأنهم ٠

الــفــصـــل الأول

تعريف عقد الزواج وحكمه وحكمة مشروعيته وأركانه وشروطه وحكمة تشريع الإيجاب والقبول فيه

في هذا الفصل سوف أتناول بمشيئة الله تعالي الحديث عن الأسس والمفاهيم الشرعية اللازمة في تكوين عقد الزواج ، وتعريفه ، وحكمة مشروعيته وحكمه الشرعي ، ثم الحديث عن أركانه وشروطه ، ثم الإشارة بقدر من الإيجاز إلي الآثار المترتبة علي عقد الزواج أو ما يسمي بحقوق الزوجية ٠

الــمــبــحـــث الأول

تــعــريــف عــقــد الــزواج

أولا : تعريف عقد الزواج في اللغة :

يعرف عقد الزواج لغة : بأنه الإزدواج والإقتران فيقال : زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه إذا قرنه به ، ومن ذلك قوله تعالي : { وزوجناهم بحور عين} ٠ (١) أي قرناهم ، وكل شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان ٠

ثانيا : تعريف عقد الزواج في اصطلاح الفقهاء :

وأما تعريف الزواج في اصطلاح الفقهاء : فهو يترادف مع النكاح ، وهو عبارة عن عقد يتضمن إباحة الإستمتاع بالمرأة بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وما إلي ذلك إذا كانت المرأة محلا للعقد عليها بأن لم تكن من محارمه ٠

أوهو : عقد يفيد ملك المتعة قصدا ٠ (٢)

١ـ سورة الدخان آية رقم ٥٤

٢ـ فتح القدير علي الهداية ج٣ ص١٨٦

أو هو العقد الذي يتيح لكل من الزوجين حق الإستمتاع بالآخر طيلة قيامه علي الوجه المشروع ، إذن فالنكاح في الشرع : هو عقد التزويج فعند إطلاقه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل ٠ (١)

حكمة مشروعية الزواج :

شرع الله سبحانه وتعالي الزواج لحفظ النسل وبقاء الجنس الإنساني علي أكمل وجه وأتمه وذلك بطريقة مشروعة وإلا فإنه من غير مشروعية هذا الزواج فإنه يمكن بقاء هذا الجنس البشري بالوطء علي الوجه الغير مشروع ٠

وفي هذا ما فيه من التظالم وضياع الأنساب بين الناس وذلك بخلاف الزواج علي الوجه المشروع الذي هو يعتبر الطريق الأمثل لتكوين الأسرة التي هي أولي لبنات المجتمع الذي ينشأ علي تعاون أفراده مجتمع صالح ومستقر ٠

من أجل ذلك نجد أن المشرع الحكيم قد دعا إلي الزواج ورغب فيه وحث عليه وذلك بقوله تعالي : {فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثني وثلاث ورباع } (٢)

وبقوله تعالي : { وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم } ٠ (٣)

وجاءت لأحاديث الشريفة عن النبي صلي الله عليه وسلم تؤيد هذه الآيات السابق الإشارة إليها فقد جاءت شارحة لتلك الآيات فقد ورد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال : قال لنا رسول الله صلي الله عليه وسلم :

{يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء } ٠ (٤)أي وقاية من الشهوة

١ـ المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٣٩٧

٢ـ سورة النساء آية رقم ٣

٣ـ سورة النور آية رقم ٣٢

٤ ـ رواه الجماعة ـ نيل الأوطار للشوكاني حديث رقم ٢٦٢١ كتاب النكاح ج ٦ ص ١١٧

وأيضا جاء في الصحيح من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن نفرا من أصحاب النبي صلي الله عليه وسلم قال بعضهم :لا أتزوج وقال بعضهم : أصلي ولا أنام وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبي صلي الله عليه وسلم فقال : { ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكني أصوم وأفطر وأصلي وأنام وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني } ° (١)

إذن يستخلص مما سبق أن عقد الزواج : عقد شرعه الله سبحانه وتعالي وجاءت به الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة لإقامة دعائم الأسر علي أكمل وجه وللوصول إلي مجتمع إنساني تسوده علاقات المودة والمحبة لا علاقات الأنانية والظلم واختلاط الأنساب وانهيار المجتمعات °

الحكم الشرعي للزواج

قبل أن ابدأ في الحديث عن الحكم الشرعي للزواج أود أن أوضح المقصود بعبارة الحكم الشرعي في مفهوم الفقهاء الأصوليين ، وهي كما استقر عليه الفقهاء : خطاب الله تعالي المتعلق بأفعال المكلفين علي جهة الإقتضاء أوالتخيير أو الوضع ، وهو خمسة أقسام :

الوجوب ، والندب ، والحرمة ، والكراهة ، والإباحة

والإقتضاء معناه : الطلب : وهو إما أن يكون طلب فعل أو طلب كف

أما التخيير : فهو التسوية بين الفعل والترك °

أي أن الزواج ليس له حكم واحد من هذه الأقسام ينطبق عليه في جميع الحالات بل يختلف باختلاف حال الشخص من حيث القدرة علي مؤن النكاح : المهر والنفقة والتوقان إلي الجماع شدة وتوسطا وضعفا ، ولهذا نجده تارة واجبا

١ـ متفق عليه ـ نيل الأوطار للشوكاني حديث رقم ٢٦٢٣ كتاب النكاح ج ٦ ص ١١٧

وتارة يكون مندوبا وتارة يكون حراما وتارة يكون مكروها وتارة يكون مباحا وذلك علي " حسب تفاوت الناس في الوفاء بالحقوق الزوجية وعدمها " ٠ (١)

أدلـة مـشـروعـيـة الـزواج

ذكر الفقهاء أن الأصل في مشروعية النكاح : هو الكتاب والسنة والإجماع ٠

أما الكتاب :

فقول الحق سبحانه و تعالي : {فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثني وثلاث ورباع } ٠ (٢) وقوله سبحانه وتعالي : {وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم } ٠ (٣)

وأما السنة :

فمنها قول النبي صلي الله عليه وسلم : في حديث أنس ابن مالك رضي الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : { ٠٠٠ لكني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني } ٠ (٤)

ومن السنة عن سعد بن أبي وقاص قال : {رد رسول الله صلي الله عليه وسلم علي عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصينا } ٠ (٥)

وبالنسبة للإجماع :

فقد أجمع المسلمون قاطبة علي أن النكاح مشروع ٠ (٦)

١- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح الزواج وأحكامه في الشريعة الإسلامية ص ٧٧

٢- سورة النساء من الآية رقم ٣

٣- سورة النورمن الآية رقم ٣٢

٤- متفق عليه - نيل الأوطارللشوكاني حديث رقم ٢٦٢٣ كتاب النكاح ج ٦ ص ١١٧

٥ - المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٣٩٨ و ٣٩٩

٦ - نيل الأوطار للشوكاني - حديث رقم ٢٦٢٢ - كتاب النكاح ج ٦ ص ١١٧

هذا وقد اختلف الفقهاء حول مسألة الحكم الشرعي للزواج وذلك علي النحو التالي :

أولا : مذهب الشافعية والحنابلة :

ذهب الشافعية في المشهورعنهم والحنابلة : إلي أن الزواج جائز ، إلا أن يخاف أحد علي نفسه الوقوع في المحظور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه ٠ (١)

وقد استدلوا علي جواز النكاح وإباحته بقولهم : إن الله تعالي حين أمر به علقه علي الاستطابة بقوله : {فأنكحوا ما طاب لكم من النساء } ٠ (٢) والواجب لا يتوقف علي الاستطابة ٠

ويري البعض : أن النكاح سنة لذي شهوة لا يخاف الزنا من رجل وامرأة وذلك لحديث ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعا : { يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء } ٠ (٣) فخاطب الشباب لكونهم أغلب شهوة واشتغالهم به أي بالزواج أفضل من انقطاعهم لنوافل العبادة ، ويباح الزواج لمن لا شهوة له ، ويجب علي من يخاف بتركه زنا لأنه يلزمه إعفاف نفسه ٠ (٤)

وقال بعض فقهاء الحنابلة : أنه واجب ومنهم الإمام أحمد وحكي عن داود أحد فقهاء الحنفية أنه قال : يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر ٠ (٥)

١ـ المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٣٩٨ و ٣٩٩

٢ـ سورة النساء آية رقم ٣

٣ـ رواه الجماعة ـ نيل الأوطار للشوكاني حديث رقم ٢٦٢١ كتاب النكاح ج ٦ ص ١١٧

٤ـ شرح منتهي الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ٢و ما بعدها

٥ـ المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٣٩٩

ثانيا : مذهب الظاهرية ومن وافقهم :

في مذهب الظاهرية أن الزواج في حال الإعتدال فرض بمنزلة الصوم والصلاة وغيرهما من فروض الأعيان حتى أن من تركه مع القدرة عليه يأثم ٠

وقد جاء في كتاب سبل السلام للإمام الصنعاني :

وإلي الوجوب ذهب داود ورواية عن أحمد ، وقال ابن حزم : وفرض علي كل قادر علي الوطء إن وجد أن يتزوج أو يتسري فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم ٠ (١)

وعلي ذلك نجد أن الظاهرية ومن وافقهم يذهبون إلي أن الزواج واجب في العمر مرة واحدة وذلك لظاهر النصوص الدالة علي مشروعيته والتي وردت بصيغة الأمر فهي في أصل وضعها تفيد الوجوب قال تعالي : { فأنكحوا ما طاب لكم من النساء } ٠ (٢) وقال تعالي : {وأنكحوا الأيامي منكم } (٣)

وقال صلي الله عليه وسلم : {٠٠ من استطاع منكم الباءة فليتزوج } ٠ (٤)

أيضا استدل الظاهرية علي وجوب النكاح بما ورد من قوله صلي الله عليه وسلم لعكاف بن وداعة الهلاني : { ألك زوجة يا عكاف ؟ قال : لا قال : ولا جارية قال : لا قال : وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم قال : فأنت إذن من إخوان الشياطين ، إما أن تكون من رهبان النصاري فأنت منهم ، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع وإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك يا عكاف تزوج قال : فقال عكاف : يا رسول الله

١- سبل السلام للصنعاني – كتاب النكاح – ص ٧٩٧

٢- سورة النساء آية رقم ٣

٣- سورة النور آية رقم ٣٢

٤- رواه الجماعة - نيل الأوطار للشوكاني حديث رقم ٢٦٢١ كتاب النكاح ج ٦ ص ١١٧

إني لا أتزوج حتى تزوجني من شئت قال : فقال صلي الله عليه وسلم : فقد زوجتك علي اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميري }، ولأن الامتناع عن الزنا واجب ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح ، وما لا يتوصل إلي الواجب إلا به فهو واجب ، وروي عن طاووس أنه قال لرجل : لا تتبتل أما سمعت قول الله تعالي : { ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية } ٠ (١)

كما استدل الظاهرية بما روي عن عثمان بن مظعون أراد أن يتبتل فنهاه الرسول صلي الله عليه وسلم ٠ (٢)

ثالثا : مذهب جمهور الفقهاء :

ذهب جمهور الفقهاء إلي أن الحكم الشرعي للزواج يفهم علي ضوء أحوال الناس وبحسب تلك الأحوال يكون الحكم الشرعي للزواج :

فيكون الزواج عند عامة الفقهاء فرضا أو واجبا : إذا كان الإنسان يخاف علي نفسه الوقوع في المعصية والمحظور إن ترك النكاح ٠

ففي هذه الحالة يكون الزواج واجبا :

لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام وما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب وطريق ذلك هو الزواج بطبيعة الحال ٠

فإذا خشي المرء علي نفسه الوقوع في الزنا وكان يقدر علي مؤن الزواج من المهر والنفقة وما أشبههما ولا يخاف ظلم الزوجة ولا التقصير في حقها فإنه يجب عليه الزواج ٠ (٣)

١- سورة الرعد من الآية رقم ٣٨

٢- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٨٢

٣- المغني والشرح الكبير ج٧ ص ٣٣٤

ويكون الزواج حراما :

إذا تيقن الشخص ظلم المرأة والإضرار بها إذا تزوجها كأن يكون عاجزا عن الإنفاق عليها أو لا يستطيع أن يعدل بين زوجاته إذا كان متزوجا بأكثر من واحدة أو إذا كان عنينا أو به مرض جنسي يعوقه عن مباشرة حقوقه الزوجية كما ينبغي لأن من مقاصد الشرع حفظ النسل وبقاء النوع الإنساني ٠

فإذا كان بالمرء شيء من ذلك كان الزواج حراما ، وذلك لأن ما يؤدي إلي الحرام يكون حراما سدا للذرائع ٠

أما إذا تعارض حرام ومباح :

وذلك مثل أن يتيقن المرء أنه سيظلم زوجته إذا تزوج وتيقن أيضا أنه سيقع في الزنا إذا لم يتزوج ٠٠ الرأي في هذه الحالة أنه : يغلب المحرم ويكون الزواج في هذه الحالة حراما وذلك لأن رسول الله صلي الله عليه وسلم أرشد الشباب إلي الصوم عند عدم استطاعة النكاح عصمة للنفس من الوقوع في المحظور ، وأيضا لقول الحق سبحانه وتعالي : {وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله } ٠ (١)

وقد يقال :إن له أن يتزوج في هذه الحالة وأنه بعد الزواج قد تزول عقده وتلين طباعه ويشفي من أمراضه وذلك حرصا عليه لئلا يقع في الزنا ٠٠٠٠٠

ولكن يمكن الرد علي ذلك بأن : الضرر القاصر يمكن احتماله من أجل دفع الضرر المتعدي ، ثم هو لا يصلح نفسه بظلم غيره والظلم حرام وهو متيقن بالنسبة له ٠ وهناك رأي يقرر أنه : إذا لم يصل خوف الوقوع في الظلم إلي درجة اليقين وإنما غلب علي ظنه فقط أنه إذا تزوج فسوف يظلم ففي هذه الحالة يكون الزواج مكروها لا حراما ٠ (٢)

١- سورة النور آية رقم ٣٣

٢- الدكتور عبد المجيد مطلوب أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ص ١٣

ويكون الزواج مكروها :

إذا خاف المرء أن يجور ويظلم إن تزوج ولكن خوفه من ذلك لا يصل إلي مرتبة اليقين وإنما هو من باب غلبة الظن فقط لأن النكاح إنما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالي من الذرية ، والذي يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد ذلك أنه من المعلوم أن درء المفاسد مقدم علي جلب المصالح ٠ (١)

ويكون الزواج مندوبا أو مستحبا :

جمهور الفقهاء يقررون : أن الزواج يكون مندوبا إذا كان الشخص في حالة من الإعتدال بحيث لا يخاف الوقوع في الزنا إن لم يتزوج ولا يخشى الجور وظلم الزوجة إذا ما تزوج ٠

والحال الغالبة علي الناس هي حالة الإعتدال هذه وفيها يكون الزواج سنة بمعني أنه يثاب الإنسان لو فعله ولا يعاقب لو تركه ٠

وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : { يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ٠٠٠ ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء } ٠ (٢)

وقوله صلي الله عليه وسلم في حديث أنس بن مالك رضي الله عنه : أن النبي صلي الله عليه وسلم حمد الله وأثني عليه وقال : { لكني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني } ٠ (٣)

كما أنه صلي الله عليه وسلم تزوج النساء وداوم علي ذلك وكذلك أصحابه رضي الله عنهم تزوجوا وداوموا عليه وتابعهم المسلمون علي ذلك إلي يومنا هذا ، ولما يترتب علي الزواج من الطهر والعفة ولما ينتج عنه من الذرية

١- بدائع الصنائع للكاساني ج٢ ص٢٢٨ و ٢٢٩

٢- رواه الجماعة - نيل الأوطار للشوكاني حديث رقم ٢٦٢١ كتاب النكاح ج ٦ ص ١١٧

٣- الحديث من كتاب - سبل السلام للصنعاني - حديث رقم ٩٠٠ ص ٧٩٨ - كتاب النكاح

الصالحة التي هي نواة المجتمع الفاضل ، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال :كان النبي صلي الله عليه وسلم يأمر بالباءة وينهي عن التبتل نهيا شديدا ويقول : { تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة } • (١)

وقال بعض الحنفية :

أنه حال الإعتدال فرض كفاية إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين بمنزلة الجهاد وصلاة الجنازة •

وقال بعضهم : أنه واجب عينا ، لكن عملا لا اعتقادا علي طريق التعيين كصدقة الفطر والأضحية والوتر • (٢)

بيان ما ينبغي أن يكون عليه كلا من الزوجين :

يستحب في الزوجة أن تكون من ذوات الدين قبل كل شيء ولا يمنع من ذلك أن تكون جميلة حسيبة ذات مال ففي الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : {تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك } • (٣)

في هذا الحديث الشريف يبين النبي صلي الله عليه وسلم أن الذي يدعو إلي الزواج من المرأة في العادة هو أحد هذه الخصال الأربع وآخرها ذات الدين • وقد نبهنا النبي صلي الله عليه وسلم إلي أن المرء إذا وجد ذات الدين فعليه أن يظفر بها ولا يعدل عنها وإلا أصيب بالإفلاس وشدة الفقر الذي كني عنه النبي صلي الله عليه وسلم بلصق يده بالتراب •

١- الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني - حديث رقم ٩٠١ ص ٧٩٩ كتاب النكاح

٢- الدكتور عبدالغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٨٢

٣- نيل الأوطار للشوكاني - حديث رقم ٢٦٣٠ - كتاب النكاح - ج ٦ ص ١٢٣

ذلك لأن من يتزوج المرأة لمالها فقد يكون ذلك سببا للتعاسة بينهما لأنها قد تتعالى وتتكبر عليه بمالها وكذلك جمالها فقد يرديها حسنها كما أخبر بذلك النبي صلي الله عليه وسلم ٠

وأما من حيث حسبها وشرفها فإن ذلك قد يكون سببا لغرور الزوجة وتعاليها وصلفها في معاملة زوجها وخصوصا إذا كان أقل منها في شيء من ذلك كله من أجل ذلك قال النبي صلي الله عليه وسلم : {لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسي حسنهن أن يرديهن ولا تزوجوهن لأموالهن فعسي أموالهن أن تطغيهن ولكن تزوجوهن علي الدين ولأمة سوداء ذات دين أفضل } ٠ (١)

وقد حث النبي صلي الله عليه وسلم : علي نكاح المرأة الصالحة ذات الدين ، ففي الحديث الذي رواه عبدالله بن عمرو أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : {إنما الدنيا متاع وليس من متاع الدنيا شيء أفضل من المرأة الصالحة } ٠ (٢)

كما يستحب في الزوجة أن تكون بكرا جميلة لأن جمالها يعفه ويكون أدعي لسكون شهوته وهدوء نفسه فلا يتطلع إلي غيرها ٠

ويجب علي الأولياء أن لاينظروا إلي النواحي المادية فقط فيمن يتقدمون لخطبة بناتهم وأن لا تخدعهم المظاهر الزائفة لبعض الشباب فيضعون بناتهم عند من لايحسنون معاملتهم ، فتعيش البنت ذليلة منكسرة طيلة حياتها بسبب سوء إختيار أبيها وتكالبه علي المادة دون النظر للإعتبارات الخلقية والدينية فيمن يتقدم لها ٠

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - ج ٦ - ص ١٢٤

٢- سنن ابن ماجة -كتاب النكاح -باب أفضل النساء -حديث رقم ١٨٥٥ - ص ٣٢٣

وعلي الأولياء : أن يحسنوا اختيار الأزواج لبناتهم ممن لهم نصيب كبير من الدين والأخلاق وذلك لأن الإحتياط في حق المرأة أهم ، لأن الرجل يمكنه أن يتخلص من عشرته بالطلاق ، أما الزوجة فلا يمكن أن تفعل ذلك إلا أن تخالعه فتخسر الشئ الكثير ٠

ولما كانت المرأة يعجبها في الرجل ما يعجبه منها فقد حرص الإسلام علي أن يكون الرجل كفئا للمرأة بقدر المستطاع ، فقد ورد في الحديث الشريف :

{ إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ٠٠٠ } ٠ (١) فإنه إذا أحبها أكرمها وإذا كرهها لم يظلمها

وعن فاطمة بنت قيس رضي الله تعالي عنها : أن النبي صلي الله عليه وسلم قال لها : { أنكحي أسامة } ، وفاطمة هذه قرشية فهرية أخت الضحاك بن قيس وهي من المهاجرات الأول كانت ذات جمال وفضل وكمال ، جاءت إلي النبي صلي الله عليه وسلم بعد أن طلقها أبو عمرو بن حفص بن المغيرة وذلك بعد انقضاء عدتها منه فأخبرته : أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباها فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، أنكحي أسامة بن زيد ٠٠٠ الحديث } ٠ (٢)

مما سبق يتضح لنا أن النبي صلي الله عليه وسلم أمرها بإنكاح أسامة مولاه ابن مولاه وهي قرشية ، وقدمه علي أكفائها ممن ذكر ٠٠ وهذا يدل علي أنه لا عبرة في الكفاءة من غير الدين ٠

١ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٢٦٧٨ ـ ص ١٤٩ ـ باب الكفاءة

٢ـ سبل السلام للإمام الصنعاني ـ كتاب النكاح ـ باب الكفاءة والخيار ـ حديث رقم ٩٢٩ ص ٨٢٥ و٨٢٦

المبحث الثاني

أركان عقد الزواج وشروطه

أولا : أركان عقد الزواج :

الركن لغة : هو جانب الشئ ، والجمع أركان ، فأركان الشئ أجزاء هي ماهيته والشروط : هي ما توقفت صحة الأركان عليها ٠ (١)

وقال ابن منظور : وركن الشئ جانبه الأقوي ، والشرط إلزام الشئ والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط ٠ (٢)

إذا فلابد لكل عقد من أركان يقوم عليها وشروط يتوقف وجوده علي تحققها ويجتمع كل من الأركان والشروط التي ينعقد بها الزواج عند إنشاء العقد رغم ما بينهما من اختلاف في الحقيقة الشرعية ٠

فالركن : هو جزء الشئ الذي يوجد بوجوده وينتفي بإنتفاءه كالركوع بالنسبة إلي الصلاة ٠

أما الشرط : فهو ما كان خارجا عن ماهية الشئ ولا يلزم من وجوده وجود الشئ لكن يلزم من عدمه عدم الشئ وذلك مثل الوضوء بالنسبة للصلاة وأساس ذلك أن عقد الزواج لا يوجد إلا بتطلب أمور معينة هذه الأمور لا تحقق أغراضها إلا بتوافر شروط عقد الزواج ٠ (٣)

فالركن إذن في إصطلاح جمهور الأصوليين : هو ما يتوقف عليه حقيقة الشئ وهو جزء منها ٠

١- المصباح المنير للفيومي (حرف الراء مع الكاف)

٢- لسان العرب مادة ركن وشرط

٣- حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٧٠

وأما عند الأصوليين من الحنفية : فالركن هو ما يتوقف عليه وجود الشئ ويكون جزءا داخلا في حقيقته ، والشرط عندهم هو ما يتوقف عليه وجود الشئ ولم يكن جزءا من حقيقته ٠ (١)

وتبعا لهذا التصور لمعني كل من الركن والشرط عند الجمهور والحنفية كان كلامهم في أركان العقد بصفة عامة ومن بين ذلك بطبيعة الحال عقد الزواج :

فقال جمهور الفقهاء :

إن أركان العقد هي :العاقدان والمعقود عليه وصيغة العقد وهي الإيجاب والقبول ٠

أما الحنفية :

فقد قالوا بأنه ينعقد النكاح بالإيجاب والقبول فقط ، وقالوا : أن ركني عقد الزواج هما الإيجاب والقبول وهما صيغة العقد ٠ (٢)

ويبدو أن منهج الحنفية في عقد الزواج بصفة خاصة أكثر معقولية ، لأن المعقود عليه وهو استمتاع كل من الزوجين بالآخر : ليس بالشئ الخارج المستقل عن المتعاقدين بل هو أمر بينهما كما أن الصيغة هي عبارة عن كلام العاقدين كذلك ٠

والإيجاب عند الحنفية :

هو ما صدر من أحد العاقدين أولا ، والقبول : هو ما صدر من أيهما ثانيا فإذا قال الخاطب لولي المرأة أو لها : زوجني ابنتك أو : زوجيني نفسك كان هذا إيجابا بإعتبار أنه صدر أولا ، فلو قال ولي المرأة أو قالت هي : قبلت ذلك كان قبولا بإعتباره صدر ثانيا محققا لغرض الكلام السابق ٠٠٠

١- الإختيار للموصلي ج ٣ ص ٤٠٣ وأنظر الدكتور الشحات الجندي ص ٢٨١

٢- بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٢٩

ولو قال ولي المرأة لخاطبها أو قالت هي لرجل : أزوجك نفسي : كان ذلك إيجابا يصح أن يقبله من توجه إليه أو لا يقبله ٠ (١)

ويري المالكية :

أن الإيجاب هو ما صدر من الولي أو من يقوم مقامه وأما القبول عندهم فهو ما يدل علي الرضا بالزواج سواء تقدم أو تأخر لأن المرأة هي التي تملك الرجل حق المعاشرة الزوجية وقد يقبل هو ذلك أو لا يقبله ٠ (٢)

الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

اختلف الفقهاء حول الألفاظ المعبرة عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج وذلك علي النحو الأتي :

أولا : مذهب الحنفية :

فقهاء المذهب الحنفي لا يشترطون صيغة معينة يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج وقالوا بأن أي لفظ يدل علي تمليك الأعيان في الحال يصلح لذلك ما دام قد صدر عن كل من الموجب والقابل بكامل إرادته ومن غير أن يكون هناك أي لبس أو غموض ، وينعقد النكاح أيضا بلفظ الإنكاح والتزويج وذلك لقوله تعالي : { زوجناكها } ٠ (٣) وقوله تعالي : { ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء } ٠ (٤) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول : زوجتك بنتي هذه فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج ٠ (٥)

١- بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٢٩

٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ص ٣٩٣ : ٣٩٦ - كتاب النكاح

٣- سورة الأحزاب آية رقم ٣٦

٤- سورة النساء آية رقم ٢٢

٥- المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٩٤

ثانيا : مذهب المالكية :

يقترب فقهاء المالكية من المذهب الحنفي حيث ينصون علي أنه : ينعقد الزواج بلفظ التزويج والتمليك وما يجري مجراهما كالبيع والهبة والصدقة والعطيا ولكن لابد أن يذكر المهر ليكون قرينة دالة علي إرادة الزواج ، فإن لم يذكر المهر فلا ينعقد الزواج ، وهذا هو ما يميز مذهب المالكية عن الحنفية ٠

لأن الحنفية يقولون بانعقاد العقد بهذه الألفاظ ولو لم تذكر قرينة المهر لأنها مفهومة ضمنا عندهم ٠ (١)

وقد ذكرمالك أنه ينعقد العقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وذلك إذا ذكر المهر واحتج بأن النبي صلي الله عليه وسلم زوج امرأة فقال : { فقد ملكتكها بما معك من القرآن } ٠ (٢) ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلي الله عليه وسلم فانعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج ٠ (٣)

وقد ذكرابن قدامه (٤) في المغني :

أن أبا حنيفة وأصحابه يرون : أن العقد ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان ، واحتجوا بأن النبي صلي

١- الشرح الصغير للدرديري ج ٢ ص ٣٥٠

٢- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩٠٧ - ص ٨٠٤ و ٨٠٥

٣- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٢

٤- هو الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ينتهي نسبه للصحابي عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ولد في جماعيل في قري نابلس بفلسطين سنة ٥٤١ هجرية وتعلم في دمشق ورحل إلي بغداد سنة ٥٦١ هجرية فأقام نحو أربع سنين وعاد إلي دمشق وفيها توفي سنة ٦٢٠ هجرية ويعتبر من كبار فقهاء الحنابلة له مؤلفات ومصنفات كثيرة من أشهرها كتابه المغني وروضة الناظر في أصول الفقه والتبيين في أنساب القرشيين ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٤ ص ١٩١ و١٩٢ }

الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة فقال : { فقد ملكتكها بما معك من القرآن } ٠(١)
ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلي الله عليه وسلم ، أيضا يجوز أن يعبر عن هذه الصيغة بلهجة عامية محرفة مثل أن يقول ولي المرأة أو تقول هي : جوزتك نفسي ، فيقول الرجل قبلت جوازها ٠ (٢)

ثالثا : مذهب الشافعية والحنابلة :

أما في المذهبين الشافعي والحنبلي : فإن العقد لا ينعقد إلا بألفاظ النكاح والتزويج ومشتقاتهما وذلك لخطورة العقد ، واقتصارا علي ما ورد به الشرع من ألفاظ تستباح بها الأبضاع لأن الأصل فيها هو الحرمة ٠ (٣)

ويري الحنابلة : أنه إذا قال الخاطب للولي : تزوجت فقال : نعم وقال للزوج : أقبلت قال : نعم : فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان ٠

وذلك أن نعم : جواب لقوله أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمرا في الجواب معادا فيه : فيكون معني نعم من الولي زوجته ابنتي ونعم : نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا إحتمال فيه فيجب أن ينعقد به العقد ٠ (٤)

قال ابن قدامه في المغني :

٠٠٠ ٠ولذلك لما قال سبحانه و تعالي : {فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم } ٠ (٥) كان ذلك إقرارا منهم أنهم وجدوا صدقا أن ما وعدهم ربهم حقا ولو قيل لرجل لي عليك ألف درهم فقال : نعم كان إقرارا صحيحا لا يفتقر إلي

١ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٩٠٧ ـ ص ٨٠٤ و ٨٠٥
٢ـ المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٩٤
٣ـ شرح المهذب المرجع السابق ج ١٦ ص ٢١٠
٤ـ المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٤٩٣
٥ـ سورة الأعراف من الآية رقم ٤٤

نية ولا يرجع في ذلك إلي تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك ٠ (١)

أما انعقاد الزواج بألفاظ مثل التمليك والهبة والبيع والجعل والوصية والإجارة فقد ذهب الشافعية :

إلي أن الزواج لا ينعقد بأي من هذه الألفاظ ، لأنها لاتأتي علي معني النكاح وأيضا لأن للزواج قدسية عظيمة خاصة فلا يناسبه هذه الألفاظ ٠ (٢)

ولو قال رجل لآخر : زوجتك ابنتي فقال : قبلت إنعقد النكاح وقال الشافعي في أحد قوليه : لا ينعقد حتي يقول : قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لأنه كناية في النكاح يفتقر إلي النية ٠ (٣)

ويصح أن يكون التعبير عن الإرادة بأي لغة وذلك لمن لا يحسن إستعمال العربية ، لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ و المباني ، ولأنه عاجز عن العربية فسقط عنه النطق بها كالأخرس ، وأما من يحسن استعمال العربية فقد ذهب بعض الفقهاء إلي أنه لا يصح له أن يتزوج بغيرها لعدوله عن اللفظين الذين ورد بهما من غير عذر ومن قدر علي لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي ٠

وقال الحنابلة : أن من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لأنه عاجز عما سواه فسقط عنه كالأخرس ويحتاج أن يأتي بمعناهما الخاص بحيث يشتمل علي معني اللفظ العربي وليس علي من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها ٠

فأما الأخرس : فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها لأنه معني لا يستفاد إلا من

١- المغني والشرح الكبير ج ٧ ص ٤٩٣

٢و٣- المهذب للشيرازي ج ٣ ص ٤٠٣ وماقبلها ومابعدها

جهة واحدة فصح بإشارته كبيعه وطلاقه ولعانه ، وإن لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولأن النكاح عقد بين شخصين ولابدمن فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتي يفهم الشهود أيضا لأن الشهادة شرط ولا تصح الشهادة علي ما لا يفهم • (١)

صيغة الإيجاب والقبول

يتفق الفقهاء علي أن جميع العقود ومن بينها عقد الزواج تنعقد بصيغة الماضي فإذا قال رجل لامرأة : زوجت نفسي منك بمهر قدره كذا ، أو قال رجل لآخر : زوجتك ابنتي أو موكلتي بمهر قدره كذا فقال الآخر : قبلت انعقد العقد بينهما باتفاق الفقهاء ، وذلك لأن صيغة الماضي تدل علي تحقق حدوث الفعل ، فينعقد بها العقد من غير توقف علي نية أو قرينة •

وأما بالنسبة لصيغة المضارع : وهي التي تدل علي إرادة إنشاء العقد في الحال أوفي الاستقبال : كما لو قال رجل لامرأة في مجلس العقد :أتزوجك علي كذا من المهر فتقول هي : أقبل أو أرضي ، فيصح العقد عند كل من الحنفية والمالكية إذا وجدت قرينة تدل بما لا يدع مجالا للشك علي إرادة إنشاء العقد في الحال •

مثال لذلك مثل أن يكون حفل الزواج قائما وشهوده حاضران فإن هذه الحالة تدل علي إرادة تحقيق العقد لا مجرد الوعد به في المستقبل ، وأما إذا انتفت هذه القرينة فلا ينعقد عقد الزواج بصيغة المضارع عندهم •

١ـ المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٩٥ و ٤٩٦

ويتطلب الشافعية والحنابلة :

أن يكون العقد بصيغة الماضي فلا ينعقد بلفظ المضارع لايهامها الوعد في المستقبل فلا تكون دالة علي إرادة إنشاء العقد في الحال ٠

أما بالنسبة لصيغة الأمر :

كما لو قال رجل لامرأة : زوجيني نفسك أو قال لوليها : زوجني ابنتك فهذا يصح عند فقهاء المذهب الحنفي تأسيسا علي أنه يعتبر توكيلا من القائل بالتزويج ويكون كأن العقد قد تم في هذه الحالة بعبارة المخاطب وحده ٠

فلو قالت المرأة : زوجتك نفسي أو قال وليها : زوجتك ابنتي فإن هذا العقد يتم بهذه الصيغة أصالة من جانب القائل ووكالة عن الموكل ٠ (١)

حكمة تشريع الصيغة في عقد الزواج

لما كان عقد الزواج من العقود الهامة والخطيرة والتي لها أكبر الأثر في حياة الفرد والأسرة والمجتمع كان من الأهمية بمكان أن يتحقق فيها رضا كل من العاقدين ولما كان الرضا من الأمور النفسية الخفية التي لا يطلع عليها أي مخلوق لذلك فقد إعتبر الشرع الإيجاب والقبول دليلا ظاهرا علي رضا الطرفين

شروط صيغة عقد الزواج

يشترط في الإيجاب والقبول شروط عدة أفصلها فيما يلي :

أولا : إتحاد مجلس القبول والإيجاب :

أو ما يعبر عنه بإتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد إن كان الطرفان حاضرين ويعد المجلس منعقدا ما لم يعرض أحدهما عن العقد ، أو يفصل بين الإيجاب والقبول بما يعد في العرف مغيرا للمجلس ٠

١- المبسوط لشمس الدين السرخسي ج ٦ ص ١٦ و١٧

ومن الفقهاء من يتطلب الفورية في إتصال القبول بالإيجاب حتي يكون منتجا لآثاره وينعقد به العقد ومؤدي ذلك أنه يشترط ألا يفصل بين الإيجاب والقبول بكلام خارج عن معناه أو بما يعد في عرف الناس إعراضا عنه ، فلو فصل بينهما بفاصل طويل لم يصح العقد لأنه يشعر بالإعراض وهذا عند الشافعية ومن نهج نهجهم •

أما الحنفية والحنابلة :

فيرون أنه لو طال المجلس وتراخي القبول عن الإيجاب ولم يصدر منهما ما يدل عن الإعراض فالمجلس متحد •

وأما إذا كان أحد الطرفين غائبا عن مجلس العقد وكان التعاقد عن طريق المراسلة أو المكاتبة فيلزم أن يكون القبول في مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب وهو مجلس قراءة الكتاب أمام الشهود أو سماع رسالة الرسول بحضرة الشهود لأن كتاب الغائب بمنزلة خطابه وكلام الرسول إنما هو تعبير عن إرادة المرسل ، فإذا ما قرأت المرأة الكتاب أو سمعت الرسالة وقام الشهود ولم تقبل في الحال وإنما تشاغلت بما يعد في العرف إعراضا عن الإيجاب فإنه لا ينعقد العقد ، ولكن لو أعادت المرأة قراءة الكتاب في مجلس آخر واتصل قبولها لذلك أمام الشهود فإن العقد يصح ببقاء الكتابة •

أيضا لو أعاد الرسول الإيجاب في مجلس آخر فقبلت المرأة في هذا المجلس الأخير فلا يصح العقد لأن الرسالة انتهت أولا بخلاف الكتابة لبقائها • (١)

ثانيا : ألا يخالف القبول الإيجاب :

ويشترط في الإيجاب والقبول أيضا أن يتوافقا ويتطابقا علي شيء واحد ويتحقق ذلك باتفاق الموجب والقابل علي المرأة المعقود عليها ومقدار المهر •

١- المغني والشرح الكبير ج ٧ ص ٤٣٠ وما بعدها

وعلي ذلك فلو قال الولي مثلا : زوجتك ابنتي فاطمة فقال من يريد الزواج : قبلت زواج ابنتك خديجة لم ينعقد العقد ، وذلك لأن القبول قد انصرف إلي شيء مخالف للشئ الذي توجه إليه الإيجاب ٠

وإن قال الولي : زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتي يسميها أو يشير إليها أو يصفها بما تتميز به ، وإن لم يكن له إلا ابنة واحدة صح الإيجاب من الولي

ولزيادة ذلك توضيحا يقول ابن قدامه في المغني :

إذا كانت المعقود عليها غائبة فقال : زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فإن سماها كان تأكيدا ، فإن كان له أكثر من بنت واحدة فقال : زوجتك ابنتي لم يصح حتي يضم إلي ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول : زوجتك ابنتي الكبري أو الوسطي أو الصغري ، فإن سماها مع ذلك كان تأكيدا ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، فإن كانت له ابنة واحدة إسمها فاطمة فقال : زوجتك فاطمة لم يصح ، ولأن هذا الإسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم ، حتي يقول مع ذلك بنتي - فاطمة - ٠ (١)

ثالثا : بقاء الموجب علي ايجابه :

ويشترط في الصيغة أيضا أن يبقي الموجب علي إيجابه حتى يتصل به قبول القابل لأنه لو رجع عن إيجابه فلا يجد القبول الصادر بعد ذلك ما يرتبط به فلا ينعقد العقد ٠

رابعا : بقاء أهلية العاقدين :

أيضا يشترط في الصيغة شرط في غاية الأهمية ألا وهو :بقاء أهلية العاقدين إلي أن يتم القبول ، فمثلا لو أن ولي الزوجة قال للخاطب :زوجتك ابنتي فلانة وقبل أن يصدر القبول من الخاطب حدث أن جن الولي أو أغمي عليه

١- المغني والشرح الكبير ج ٧ ص ٤٤٤

فقال الخاطب قبلت الزواج في هذه الحالة لا يصح العقد ذلك لأن الإيجاب بطل حكمه حين زال عقل الولي ٠

وفي هذا يقول ابن قدامه في المغني :

فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد بالقبول بعده لأنه مالم يضامه القبول لم يكن عقدا فبطل بزوال العقل ٠ (١)

كذلك لا ينعقد العقد إذا صدر الإيجاب والقبول من شخص عديم التمييز لأنه منعدم الأهلية ومنعدم الأهلية لا رأي له ولا إرادة ، ولكن يجوز عقد الزواج من ناقص الأهلية إذا أجاز عقده وليه ، كما يجوز زواج السفيه لأن أهليته غير متأثرة بالحجر عليه وباقية بالنسبة لعقد الزواج ٠

خامسا : إنعقاد الزواج بصيغة التأبيد :

عقد الزواج من العقود المؤبدة التي لا ترتبط بزمن معين فهو عقد أبدي لا تتوقف آثاره إلا بالموت ومن ثم يجب أن تكون الصيغة فيه دالة علي التأبيد ولا يكون بصيغة مؤقتة مطلقا ، ولهذا لايجب أن تكون الصيغة مؤقتة بمدة معلومة كشهر أو سنة أو مجهولة كقدوم فلان أو نزول المطر لأن عقد الزواج يبطله التأقيت ، وكذا لو أقته بمدةطويلة لا يعيشان إليها غالبا كمائة سنة أو مدة عمري أو عمرك أو مدة لا تبقي إليها الدنيا غالبا لا يصح أيضا ومبناه علي أن العبرة بصيغ العقود لا معناها ٠ (٢)

سادسا : وجوب أن تكون الصيغة منجزة :

يجب أن لا تكون الصيغة معلقة علي شرط ، ولا مضافة إلي زمن المستقبل فلا ينعقد الزواج لو قال الولي مثلا : زوجتك ابنتي إذا عدت من

١- المغني والشرح الكبير ج ٧ ص ٤٤٤

٢- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ١١٣

الحج أو زوجتك ابنتي إعتبارا من العام القادم ، حتى وإن اقترن قبول الخاطب بذلك في مجلس العقد والسبب في ذلك : أن كل من التعليق والإضافة ينافيان طبيعة هذا العقد التي تستلزم وجوب ترتب أحكامه وآثاره عليه فور إنشائه وذلك بصدور صيغته التي تعتبر سببا لهذه الأحكام وتلك الآثار ، وعلي هذا لا يصح تعليق الصيغة بشرط يمكن حصوله في المستقبل وذلك كأن يقول الولي : زوجتك ابنتي إذا فعلت كذا أو أحضرت كذا ٠

كما لا يجوز إضافته إلي زمن مستقبل كأن يقول الولي : إذا جاء رأس السنة أو إذا طلعت الشمس :زوجتك ابنتي ، لأن التعليق والإضافة مما ينافي مقتضي العقد ذلك أن عقد الزواج يجب أن تترتب عليه آثاره في الحال ٠

وأما إذا علق علي أمر واقع في نفس الأمر أو علقه علي مشيئة الله كأن يقول الولي زوجتك ابنتي إن كان سنك قد بلغ ثماني عشر سنة وكانت سنه وقتها كذلك أو أكثر أو يقول : زوجتك ابنتي إن شاء الله أو إن شئت فقال الزوج : شئت وقبلت زواجها فقولان :

القول الأول للحنابلة قالوا : يصح العقد لأنه تعليق صوري لا حقيقي ٠ (١)

والقول الثاني للشافعية قالوا : لا يصح العقد لأن صورة التعليق تبطله ٠ (٢)

هل يجوز التعبير عن الصيغة في عقد الزواج عن طريق الرسالة المكتوبة وعن طريق الرسالة الشفهية ؟

أولا : التعبير عن الصيغة بالرسالة المكتوبة :

يصح التعبير عن الصيغة بالكتابة عند العجز عن النطق بها : فيجوز التعبير عنها إذا كان طرفا العقد غائبين كما لو كان أحدهما في بلد معين والثاني في بلد

١ـ كشاف القناع ج ٥ ص ٤٠

٢ـ مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤١ ـ والدكتورعبد الغفار إبراهيم المرجع السابق ص ١١٣

آخر فإن مريد الزواج يكتب إلي الطرف الآخر رسالة بخطه وتوقيعه متضمنة الإيجاب ، كأن يكتب الرجل للمرأة : تزوجتك أو زوجيني نفسك وحينما تصل الرسالة وتقرأ ما فيها في المجلس علي الشاهدين وتعلن قبولها للإيجاب المرسل إليها أمامهما وقد سمع الشاهدان الإيجاب والقبول فقد انعقد الزواج ٠ (١)

ثانيا : التعبير عن الصيغة بالرسالة الشفهية :

أما التعبير عن الصيغة بالرسالة الشفهية فمثاله : لو أرسل شخص رجل آخر ليبلغ إلي امرأة معينة رسالة يبلغها فيها أن فلانا يقول لها : "زوجيني نفسك " فتقول له : " قبلت الزواج منه " وكانت الصيغة أمام شاهدين قد سمع كل منهما الإيجاب والقبول في المجلس فقد تم عقد الزواج ٠

وفي هذا يقول العلامة الكاساني :

ولو أرسل إليها رسولا وكتب إليها بذلك كتابا فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز ذلك باتحاد المجلس من حيث المعني ، لأن كلام الرسول كلام المرسل لأنه ينقل عبارة المرسل ، وكذا الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب فكان سماع قول الرسول وقراءة الكتاب سماع قول المرسل وكلام الكاتب معني ، وإن لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما ٠(٢)

مدي جواز إنعقاد الزواج بعاقد واحد

الأصل في العقود أن يتولي إنشاءها عاقدان : ينشئ أحدهما الإيجاب والآخر القبول ولم يسغ أن يتولي عاقد واحد إنشاء العقد من الجانبين في العقود المالية إلا في أحوال استثنائية مثل أن يبيع الأب لابنه أو أن يشتري من ابنه الذي هو

١- الدكتور عبد العزيز رمضان سمك أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري ص ٥٦

٢- بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٣٣

في ولايته ، ولقد اختص عقد الزواج من بين العقود بأنه قد يتولاه عاقد واحد يقوم مقام عاقدين ، وتقوم عبارته مقام عبارتين ، وذلك يكون إذا كانت له ولاية إنشاء العقد من كلا الجانبين ولم يكن فضوليا بالنسبة لأحدهما .

وتكون له الولاية من الجانبين في حالات خمسة هي :

١- إذا كان وكيلا عن الرجل والمرأة .

٢-إذا كان وكيلا من جانب وأصيلا من جانب آخر كأن توكله في أن يزوجها من نفسه .

٣-أو يكون وليا من جانبين ، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذي هو حفيده أيضا وكلاهما في ولايته .

٤-أو يكون وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر كأن يوكل رجل آخر في أن يزوجه من ابنته التي في ولايته .

٥-أو يكون وليا من جانب وأصيلا من جانب آخر ، كأن يزوج نفسه من ابنة عمه التي هي في ولايته .

ففي هذه الصور الخمس لم يكن فضوليا من أي جانب ، بل كانت له الولاية إما بالأصالة ، أو بالشرع ، أو بالتوكيل .

هذا رأي الطرفين أبي حنيفة ومحمد ، ووافقهما مالك وأحمد وخالفهما الشافعي وزفر فلم يجيزا أن يتولي شخص واحد للعقد من الجانبين بعبارة واحدة .

كما خالفهما أبو يوسف : فأجاز أن يتولي شخص العقد عن الطرفين ولو لم تكن له ولاية كفضولي بعقد عنهما أو يكون موقوفا علي إجازة تصرف الفضولي .

وحجة الشافعي وزفر : أن العقد يفيد إثبات التزامات وحقوق تثبت لكلا طرفيه وهذا يقتضي طرفين ، إذ لا يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا بشئ واحد في وقت واحد ومن جهة أخري : فإن كل عقد لا يتم إلا بإرادتين أحدهما

موجبة والأخري قابلة وهما صفتان متقابلتان لا يمكن أن تقوما بشخص واحد في حال واحدة ، وحجة من أثبت إنعقاد العقد من الجانبين :

من ذلك ما يروي :أن عقبة بن عامر روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال لرجل : أترضي أن أزوجك فلانة ، قال نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وقد كان ذلك بعد النبي صلي الله عليه وسلم من بعض الصحابة أيضا ، ولم يستنكره جمهورهم ، ويروي أن قوله سبحانه و تعالي : {ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامي النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن } ، (١) قد نزل في يتيمة في حجر وليها وهي ذات مال فلم يذكر الحق سبحانه وتعالي بطلان العقد ولكن بين لهم أنه لا يحل عدم إعطاء المهور فكان ذلك تقريرا ضمنيا لصحة العقد ، وأن النائب سواء أكان وليا أم كان وكيلا لا ترجع في الزواج حقوق العقد ولا أحكامه إليه بل هو كما يقول الفقهاء : سفير ومعبر ، فلا يكون ملزما وملتزما بشئ واحد ثم هو مادام معبرا عن كلا الطرفين ، فقد صارت عبارته تحمل في ثناياها عبارتين وتصلح لإيجاد الحقيقة الشرعية من غير أي مناقضة لأصل شرعي ثابت ،

وقد احتج أبو يوسف في اثبات انعقاد العقد بعبارة واحدة ولو كان فضوليا بأنها قائمة مقام عبارتين ، وهي تعبر عن شخصين وإن لم تكن ثمة ولاية عن أحدهما أو عن كليهما فينعقد العقد وأثر الفضولي إنما يكون في النفاذ ، فينفذ إن أجازه من لم يعط العاقد توكيلا ، وإلا بطل ككل عقد موقوف علي إجازة من له حق الإجازة ،

١ـ سورة النساء آية رقم ١٧٥

والنكاح في نظر أبي يوسف كالخلع ، وكما أن الخلع قد يثبت من الزوج في غيبة زوجته ، وينفذ إن أجازته ، ويكون قد أجاز بعبارة واحدة ، ولم يكن نائبا عن أحد طرفيه يثبت الزواج أيضا ، وقد صح الخلع في هذه الحالة باتفاق فقهاء الحنفية ٠

وحجة الطرفين وغيرهما في عدم انعقاد العقد بعبارة واحدة إن لم يكن بولاية عن الجانبين :

أن الأصل ألا ينعقد إلا بعبارتين متقابلتين من شخصين ولكن تقوم العبارة مقام العبارتين ، إذا قام الدليل مقدما علي أنها قائمة مقامها ، وكانت الولاية سابقة علي الإنشاء فتصدر العبارة حينئذ وهي محملة بهذين المعنيين المتقابلين ٠

فإن لم تكن الولاية سابقة فقد صدرت العبارة ، وهي لا تحمل إلا معني واحدا إذ ليس للشخص الواحد أن يجعل عبارته دالة علي معنيين متقابلين ، وعلي ذلك إذا صدرت العبارة فإنما يكون شطر العقد قد وجد ، ولم يوجد الشطر الثاني فلا وجود للعقد ، حتى يقبل الإجازة ٠

ولا يقاس النكاح علي الخلع من الزواج إذا كانت غائبة لأن الخلع من جانب الزوج يمين أي تعليق الطلاق علي قبول المال ، وتعليق الطلاق ليس عقدا ويجوز في حضرة المرأة وغيبتها ، وقبولها ليس إجازة ولكنه وقوع ما علق الطلاق عليه ، ففرق بين الحقيقتين ٠ (١)

١- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق من ص ٧٨ : ٨٠

المبحث الثالث

شروط عقد الزواج

الشروط :

جمع شرط ، وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ولا يكون جزءا من حقيقته فهو عبارة عن أمر معتبر للإنعقاد أو الصحة أو اللزوم أو النفاذ ..

هذا وقد قسم الفقهاء شروط العقود ومن بينها عقد الزواج إلي أربعة أنواع أذكرها فيما يلي :

أولا : شروط إنعقاد :

وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد ، بحيث يترتب علي فواتها البطلان بالإتفاق .

ثانيا : شروط صحة :

وهي التي يلزم توافرها لترتيب الأثر الشرعي علي العقد ، ويترتب علي فواتها فساد العقد عند الأحناف وبطلانه عند الجمهور .

ثالثا : شروط نفاذ :

وهي التي تلزم لتنفيذ العقد بعد إنعقاده وصحته ، ويترتب علي فواتها أن يكون العقد موقوفا .

رابعا : شروط لزوم :

وهي التي يترتب عليها استمرار العقد وبقاؤه ، ويترتب علي فواتها أن يكون العقد جائزا أو غير لازم ، مما يتيح لكل من طرفيه أو لغيرهما فسخه .

وسوف أتحدث فيما يلي بشيء من الإختصار عن كل شرط من هذه الشروط كل منها علي حدة :

أولا : شـــــروط الإنـعـقـاد :

شروط انعقاد الزواج تتنوع إلي نوعين :النوع الأول يرجع إلـي العاقد والنوع الثاني يرجع إلي مجلس العقد ، وسوف أبين فيما يلي هذين النوعين :

النوع الأول : وهو ما يرجع إلي العاقد :

وهو شرط واحد وهو أن يكون العاقد عاقلا فلا ينعقد الزواج إذا كان العاقد مجنونا أو صبيا لا يعقل لأن كل واحد منهما ليس أهلا للتصرف ٠

وبعبارة أخري يمكن القول بخصوص هذا الشرط : هو ألا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية ، فإن كان أحد العاقدين كذلك فعبارته ملغاة لا أثر لها ولا ارتباط ينشأ بوجودها ٠

النوع الثاني : وهو ما يرجع إلي مجلس العقد وهو ثلاثة شروط :

١ -أن يتحد المجلس الذي صدر فيه الإيجاب والقبول بمعني : أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب ٠

٢ - ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الطرف الآخر لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي الإيجاب فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء علي غير إيجاب ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب مادام لم يرتبط بقبول ، لأن الإلتزام لا يتم قبل الإرتباط بين ركني العقد وهما الإيجاب والقبول ، وإذا لم يتم الإلتزام فلا إلزام لأحد فللموجب أن يرجع ٠

٣-ألا يصدر عن العاقد الثاني بعد الإيجاب ما يدل علي الإعراض : كالفصل بكلام أجنبي فإن الفصل بكلام أجنبي إعراض عن الإيجاب ورفض له فإن قبل بعد ذلك فقد ورد القبول علي غير إيجاب فلا يلتفت إليه ٠

هذا ويلاحظ أن الإيجاب إن كان برسالة رسول أو بكتاب مكتوب فالقبول مقيد

بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب ، فإذا انفصل عن المجلس من غير قبول فلا يعتبر قبوله بعد ذلك . (١)

ثانيا : شـروط الصـحة :

ويقصد بهذه الشروط الأمور التي يلزم توافرها في العقد ، بعد استكمال الأركان وشرائط الانعقاد حتي يثبت له حكمه وتترتب عليه آثاره .

وشروط الصحة بهذا المعني تتنوع وتتعدد وبعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه وسوف أوضح أهم هذه الشروط فيما يلي :

أ - أن لا تكون المرأة محرمة علي الرجل تحريما مؤقتا أو تحريما فيه شبهة :

ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك ، وذلك كتزويج المعتدة من طلاق بائن ، وتزويج أخت المطلقة التي لا تزال في العدة ، والجمع بين المرأة وعمتها وخالتها ، فإذا حدث شيء من ذلك كان العقد فاسدا عند الأحناف أو غير صحيح كما يقول الجمهور .

ويعبر عن هذا الشرط بالمحلية الفرعية للمرأة ، وذلك في مقابل المحلية الأصلية وهي : ألا تكون المرأة محرمة علي الرجل تحريما قطعيا ومؤبدا كالأخت والبنت والعمة والخالة .. إلخ .

فهذه المحلية الأصلية تعتبر شرطا من شروط الانعقاد عند الحنفية : ولذلك يترتب علي فواتها بطلان العقد عند جميع الفقهاء ، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج بينما تترتب بعض الآثار علي الزواج الفاسد في حالة حصول الدخول بالمرأة ، فالزواج في حالة انعدام المحلية الفرعية : فاسد يترتب عليه بالدخول بعض الآثار لكن يحرم الدخول بالمرأة في حال العقد ويجب فيه التفريق بين الرجل والمرأة جبرا إن لم يتفرقا اختيارا .

١- الإمام محمد أبو زهره المرجع السابق ص٦٩

وإذا حدث دخول بعد هذا الزواج الفاسد بالرغم من كونه معصية وبالرغم من وجوب التفريق بينهما فإنه في هذه الحالة يجب فيه للمرأة الأقل من المهر المسمي ومهر المثل ويثبت نسب الولد ان حدث حمل ولكن لا يثبت به حق التوارث بين الزوجين ٠ (١)

ب ـ الشهادة علي عقد النكاح :

يتفق فقهاء المذاهب الأربعة علي أن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج :

لقوله صلي الله عليه وسلم : { لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ٠ (٢)

وروي الدارقطني عن السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : { لابد في النكاح من أربعة : الولي والزوج والشاهدين } ٠ (٣)

ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه ٠ (٤) ولأن الشهادة إعلان عن الزواج لخطورته وأهميته وفيها حفاظ علي حقوق الزوجة والأولاد وبسببها لا يجد أحد طرفيه سبيلا لإنكار العقد فيما بعد ، فالشهادة بذاتها تحقق العلانية المطلوبة في الزواج لأن الشرط لما كان إظهار العقد فيعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرطا وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقي سرا ٠

ولذلك نص المالكية علي أن النكاح السر يفسخ بطلقة بائنة إن دخل الزوجان بلا إشهاد قال الدسوقي : " حاصله أن الإشهاد علي الزواج واجب وكونه عند

١ـ الدكتور وهبة الزحيلي المرجع السابق ص٦٣

٢ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح ـ حديث رقم ٢٦٧٣ ج ٦ ص ١٤٧

٣ـ الحديث من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح ج ٦ ص ١٤٨

٤ـ المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٠٥

العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء أي عند الدخول" • (١)

فعلي ذلك يمكن القول أن الإشهاد علي الزواج مطلوب ، وهو المحقق للعلانية المطلوبة في هذا العقد الخطير ، فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس • (٢)

ويجب أن يكون الإشهاد عند إجراء العقد ليسمع الشهود كلام العاقدين فإن أجري العقد بدون الإشهاد عليه كان فاسدا حتى ولو تحققت الشهادة بعد ذلك وقبل الدخول فلا يكون العقد صحيحا تترتب عليه آثاره إلا بالشهادة ، لأن الغرض منها إعلان النكاح وإظهاره وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء •

وقال المالكية : إن الشهادة شرط صحة في النكاح سواء عند العقد أو بعده وقبل الدخول فإذا تحققت عند العقد أو عند الدخول كان العقد صحيحا وترتبت عليه آثاره وإن لم تتحقق الشهادة أصلا لا وقت العقد ولا وقت الدخول بالمرأة كان معصية ويتعين فسخ العقد لذلك • (٣)

ثالثا : شروط النفاذ :

يقصد بهذه الشروط هو أن يكون منشئ العقد له سلطة إنشائه فقد ينعقد العقد ويكون صحيحا شرعا بعد أن توفرت فيه شروط الانعقاد والصحة ، ولكنه لا يكون نافذا بأحكامه علي المتعاقدين وذلك لعدم توافر شروط النفاذ فيه ذلك لأنه صدر من شخص لا يملك حق انشائه فيكون نفاذ هذا العقد متوقفا علي موافقة من له الحق في إنشائه •

١- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٠

٢- فتح القدير المرجع السابق ج ٣ ص ٢٠٠

٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المرجع السابق ج ٢ ص ١٥ وما يليها

وقد استلزم الفقهاء بعض الشروط التي يجب توافرها لنفاذ عقد النكاح أجملها فيما يلي :

إذا كان الشخص الذي تولي العقد تتوافر له أهليه عقده بأن يكون بالغا عاقلا فإذا ما عقد عقد النكاح بنفسه كان عقده نافذا وترتبت عليه كافة أحكامه وآثاره في الحال ، وأما إذا ما عقد لغيره فإنه ينظر إلي حالتين : أولهما : أنه إن كانت له علي الغير سلطة شرعية سواء بالولاية أو الوكالة ففي هذه الحالة ينفذ عقده علي الغير وتترتب عليه آثاره ، وأما الحالة الثانية : وهي حالة إذا لم يكن له سلطة شرعية علي الغير كان فضوليا وفي هذه الحالة يكون عقده موقوفا علي إجازة صاحب الشأن ، وأما إذا كان العاقد لا يملك أهلية التعاقد أصلا : مثل أن يكون صبيا أو مجنونا فالحنفية والمالكية يقررون بأن عقده يكون موقوفا علي إجازة وليه إذا كان الصبي مميزا ، وأما إذا كان الصبي غير مميز أو كان العاقد مجنونا فلا ينعقد العقد أصلا لأنه لا إرادة له ٠

وأما فقهاء الشافعية والحنابلة فقد قالوا :

بأنه لا تنعقد تصرفات الصبي المميز وغير المميز أصلا وهي باطلة ٠ (١)

و قالوا : بأن الرشد شرط لنفاذ العقد ، فإذا ما تزوج السفيه دون إذن وليه كان الزواج باطلا حيث أنه تصرف يستلزم لحدوثه المال ، وقد يؤدي إلي إتلاف هذا المال في المهر والنفقة وخلاف ذلك ، لذلك فقد اشترطوا إذن الولي في نكاح السفيه ٠

أما فقهاء الحنفية فقالوا :

بأنه لا يشترط الرشد لنفاذ عقد الزواج فلو تزوج السفيه الذي لا يهتدي إلي وجه الخير في تصرفاته المالية كان عقده صحيحا ، وأيضا نفس الحال بالنسبة

١ـ المغني والشرح الكبير المرجع السابق ج ٩ ص ٤٠٩

لـذي الغفلـة ذلـك لأن عقـد النكـاح هـو مـن احتياجاتهمـا الأصـلية وتـصرفاتهمـا الشخصية ، وإنما يكون الحجر عليهما في التصرفات المالية الخالصة ٠

غير أنه في عقد نكاح السفيه وذي الغفلة لا يثبت للمرأة أكثر من مهر المثل فقد أجازوا الزواج ولكنهم لم يثبتوا أكثر من مهر المثل إذا كـان السفيه هو الـزوج ويثبت لها مهر مثلها علي الأقل إذا كان السفيه هو الزوجة ٠ (١)

رابـعـا : شروط اللـزوم :

يقصد بـشروط اللـزوم : هـو ألا يكـون لأي واحـد مـن المتعاقـدين أو لغيرهمـا الحق في فسخ العقد ذلك لأن عقد الزواج هو عقد لازم فـي أصـل حقيقتـه لـيس لأحد أن ينفرد بفسخه ٠

والمقصود بفسخه هو نقض العقد من أصله والطلاق ليس نقضا للعقد من أصله بل هو إنهاء لأحكامه ٠

وهـو مـن الحقـوق التـي يملكهـا الـزوج بمقتـضي العقـد لا باعتبـار أن ذلـك فـسخ ونقض للعقد وإنمـا كـان عقد الـزواج فـي أصـل شرعته لازمـا : لأن المقاصـد الـشرعية التـي نيطـت بـه لا يمكـن تحققهـا إلا مـع لزومـه ، إذ العـشرة الزوجيـة الصالحة وتربية الأولاد والقيام علي شئونهم من أحكامه ، وهـي أحكـام لا تتفق إلا مع اللزوم وقد كانت شرعية الطلاق عندما تفسد الحياة الزوجية ٠

ولا يمكن الإمساك بالمعروف ويكون بقائهما ظلما وتلك أحوال عارضة فلم يكن الطلاق مشروع في الدين علي إطلاقه كما هو معلوم عند فقهاء الشريعة ٠

ولكن عقد الزواج عند إنشائه ربمـا لا تتـوافر فيـه كل عناصـر الرضـا الـصحيح كأن تكون هناك تغريرات قد وجدت ، أو لـم يكـن أوليـاء الزوجـة علـي علـم تـام بحال الزوج أو لم تكن هي كذلك علي علم تام ثم يتبين أنه دونها كفاءة ٠

١ـ الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٨٨

ففي هذه الأحوال وأشباهها يكون للعاقد الذي لم يكن رضاه علي أساس صحيح حق الفسخ ، وكذلك يكون لولي الزوجة حق الفسخ إذا كان في الزواج ما تعير به الأسرة وكان ذلك سيرا علي القاعدة الفقهية التي تقرر : أن كل عيب في الرضا يجعل للعاقد الحق في الفسخ ، لكي يكون استمرار العقد من بعد ذلك علي أساس الرضا الصحيح الكامل •ولهذا كله قد ينشأ العقد وتترتب أحكامه التي لا تتراخي عن سببه ومع ذلك يكون غير لازم •

وشروط اللزوم في عقد النكاح في المذهب الحنفي أفصلها فيما يلي :

أولا :

ألا يكون الولي الذي يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب والجد والإبن • فإنه إذا كان المزوج للمجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد والابن فإنه عند افاقتهما يكون لهما خيار الإفاقة •

فيكون لهما حق فسخ العقد ولو كان بالكفء ومهر المثل كما هو مقرر ثابت وذلك لأنه وان كان العقد ظاهر المصلحة يكون للمولي عليه حق الفسخ لاعتبارات أخرى نفسية لا تضمن ملاحظتها من الولي •

ثانيا :

ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير اشراك وليها في أمرها فإنه إذا كان المهر أقل من مهر المثل فإن الولي العاصب له الاعتراض علي الزواج حتى يفسخ أو يكمل مهر المثل وذلك علي رأي أبي حنيفة رضي الله عنه لأن الولي العاصب يعير بقلة مهر من لها صلة عصوبة به ويفخر بكثرته كما هو جاري في عرف الناس •

ثالثا :

ألا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء وإلا كان لوليها حق الفسخ بالاعتراض علي الزواج ورفع الأمر إلي القاضي بطلب فسخه علي تفصيل

وأقوال كثيرة ولكن الراجح في المذهب الحنفي ما رواه الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة من أن البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من غير كفء يكون الزواج غير صحيح ٠

رابعا :

ألا يكون قد شاب العقد تغرير فيما يتعلق بالكفاءة بأن نسب نفسه لغير قبيلته ثم تبين أنه دونها نسبا وأنه من هذه الناحية ليس كفئا ففي هذه الحالة يكون لها حق الفسخ كما لوليها ، وأيضا إذا اشترطت عند الزواج أن يكون كفئا ثم تبين أنه ليس بكفء وهكذا كل تجهيل يتصل بالكفاءة يكون من شأنه أن يجعل العقد غير لازم بالنسبة لها إذا تبين أنه دونها ، بأن ذكر نسبا ثم تبين أن نسبه دون هذا ولكنه كفء لها فقد قرر فقهاء الحنفية أن لها الفسخ لأن الرضا لم يكن علي أساس صحيح ، وخالف في ذلك زفر وقال ليس لها حق الفسخ كما أنه ليس له حق الفسخ إذا انتسبت إلي غير نسبها ولكن الفرق واضح لأنه يملك التخلص بالطلاق وهي لا تملك وهو لا يعير بزواجها وهي تعير بزواجها ممن دونها وتفخر بزواج من هو أعلي منها ٠

خامسا :

وقد اشترط بعض الفقهاء للزوم العقد : ألا يكون بالزوج عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر فإن لها أن تطلب التفريق من القاضي ويفرق بينهما إن ثبت له ذلك وإن ذلك الشرط يكون مقبولا إلي حد في بعض الأحوال علي مقتضى مذهب الإمام أحمد ابن حنبل الذي يعتبر التفريق للعيوب فسخا ٠ ولكنه لا يستقيم علي مذهب مالك الذي يعتبر ذلك التفريق طلاقا ، لأن الطلاق إنما هو إنهاء يحتسب من عدد الطلقات لا فسخا لا يحتسب ، ويملكها القاضي بالنيابة القانونية عن الزوج لأن الزوج كان يجب عليه أن يطلق فما لم يطلق قام

القاضي مقامه فيه فطلق عليه بطلاق بائن محتسب مما يملك من الثلاث ٠ (١) وبهذا النظر أخذ القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٠المعدل بالقانون رقم ١٠٠أحوال شخصية ، فاعتبر تفريق القاضي طلاقا بائنا محتسبا من عدد الطلقات ٠

ويجدر هنا أن أنوه أن أن العقد غير اللازم حكمه أنه صحيح ونافذ ومنتج لكافة آثاره حتي يتم فسخه بواسطة القاضي ٠

---

١ ـ الإمام محمد أبو زهره المرجع السابق ص٨٨ وما بعدها

الـــفــصـــل الـــثـــانـــي

أنـــواع عـــقـــد الـــزواج وأحـــكـــامـــه
وحكم بعض أنواع النكاح الأخري وشبه الشيعة الإمامية في حل زواج المتعة والرد عليها

سأتناول في هذا الفصل بمشيئة الله تعالي الحديث عن : أنواع عقد الزواج وأحكامه ، وبيان حكم كل نوع منها بشئ من التفصيل ثم الحديث عن بعض أنواع النكاح الأخرى مثل : نكاح الشغار ونكاح المسيار والنكاح المؤقت ونكاح المتعة ومحاولة الرد علي بعض الشبهات التي أثيرت بشأنهم .

الـــمـــبـــحـــث الأول

أنـــواع عـــقـــد الـــزواج وأحكامه

يقصد بأنواع الزواج :

الصور المختلفة التي يكون عليها العقد وذلك بحسب استيفائه لأركانه وشروطه أو فوات شئ من هذه الأركان وتلك الشروط .

أما أحكام عقد الزواج :

فيقصد بها تلك الآثار التي تترتب علي العقد شرعا كحل الزوجة وثبوت المهر ونحو ذلك .

وبعبارة أخري هو ما يترتب عليه من الموجبات والأمور الشرعية من حيث استيفائه للأركان والشروط المتطلبة شرعا أو عدم استيفائه لهذه الأركان والشروط ويقصد بأثر العقد أيضا حكمه الشرعي بل إن حكم العقد بمعني أثره وهو المعني الشائع المراد به عند الإطلاق ، وليس هذا المعني الوحيد للحكم

فإن الحكم يكون بالمعني التكليفي ، وهو الوصف الشرعي لفعل المكلف من حيث كونه فرضا أو واجبا أو مندوبا أو حراما أو مكروها أو مباحا ٠ (١) وسوف أبدأ بالحديث عن أنواع الزواج عند مختلف الفقهاء ثم أعرج بعد ذلك إلي الحديث عن حكم كل نوع من أنواع عقد الزواج وذلك علي التفصيل التالي

أولا : أنــواع عــقــد الــزواج

أ ـ مذهب أبي حنيفة :

يتنوع الزواج عند فقهاء المذهب الحنفي بناء علي استكمال شرائطه وأركانه أوعدم إستكمالها إلي خمسة أنواع وهي :

الزواج اللازم ، والزواج غير اللازم ، والزواج الموقوف ، والزواج الفاسد والزواج الباطل ٠

ب ـ مذهب جمهور الفقهاء :

أما جمهور الفقهاء فإنهم : لا يفرقون بين الفساد والبطلان ، ولذلك تكون العقود عندهم إما صحيحة وإما غير صحيحة والعقد غير الصحيح هو الذي لم ينعقد أصلا ولا يترتب عليه أي حكم أو أثر وقد يعبر عنه بالعقد الفاسد أو الباطل علي حد سواء ٠

وسوف أعتني بمشيئة الله تعالي فيما يلي ببيان كل نوع من هذه الأنواع السابق ذكرها عند مختلف الفقهاء وذلك علي النحو الآتي :

أولا : الزواج اللازم :

هو ذلك العقد المستوفي لجميع أركانه وشروطه الشرعية سواء كانت شروط إنعقاد أم شروط صحة أم شروط نفاذ أم شروط لزوم ٠

١ـ الدكتور محمد الشحات الجندي المرجع السابق ص ٣٠٩

ثانيا : الزواج الغير اللازم :

هو ذلك العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط اللزوم وإن كان مستكملا لكافة الشروط الأخرى ، ويجوز طلب فسخه ممن له الحق ٠

ثالثا : الزواج الموقوف :

الزواج الموقوف : هو الذي يتخلف فيه شرط من شروط النفاذ وإن كان مستكملا لشروطه الأخرى ٠

وأما الزواج الباطل أو الفاسد علي مصطلح جمهور الفقهاء : فهو ما فقد ركنا من أركانه أوشرطا من شروطه ٠

والزواج الباطل عند الحنفية : هو ما تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده ٠

أما الزواج الفاسد عند الحنفية :

فهو ما تخلف فيه شرط من شروط صحته وإن كان مستوفيا لشروطه وأركانه الأخرى ٠

ثانيا : حكم كل نوع من أنواع الزواج

أولا : حكم الزواج اللازم :

ذكرت من قبل أن المقصود بالزواج اللازم : هو ذلك العقد المستوفي لجميع أركانه وشروطه الشرعية : سواء كانت شروط إنعقاد أم شروط صحة أم شروط نفاذ أم شروط لزوم ٠

فإذا ما انعقد عقد الزواج مستوفيا كافة أركانه وشروطه السابقة أصبح زواجا تاما ولازما ، تترتب عليه آثار شرعية أذكرها بشئ من التفصيل فيما يلي :

١ ـ حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر شرعا ٠

٢ـ وجوب قرار الزوجة في بيتها الذي يعده لها الزوج فتكون المرأة ممنوعة عن الخروج منه إلا بإذن زوجها وذلك إستجابة لقول الحق سبحانه و تعالي :

{ وقرن في بيوتكن } ۰(۱) وقوله سبحانه وتعالي : { لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن } ۰ (۲)

٣- وجوب المهر المسمي في عقد الزواج ، ويصبح حقا مستحقا للزوجة علي زوجها ۰

٤-وجوب النفقة بكافة أنواعها الثلاثة وهي : الطعام والسكن والكسوة وذلك بشرط ألا تخرج المرأة عن طاعة زوجها فإن خرجت عن طاعته وعصته كان ذلك نشوزا منها موجبا لسقوط نفقتها ۰

٥- ثبوت حرمة المصاهرة بين الزوجين بمعني أن تحرم الزوجة علي أصول الزوج وفروعه وأن يحرم الزوج علي أصول زوجته وفروعها ۰

ويلاحظ أن هذه الحرمة في المصاهرة تثبت في بعض الحالات بمجرد العقد كما هو الحال في أصول الزوجة مثلا ، فمجرد العقد علي البنت يحرم الزواج بأمها وأحيانا يشترط في حرمة المصاهرة الدخول فلا تحرم البنت إلا بعد الدخول بأمها فعلا ، قال تعالي : {وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم } ۰ (۳)

٦- ثبوت نسب الأولاد الناتج عن هذا الزواج التام اللازم وذلك مصداقا لقول النبي صلي الله عليه وسلم : { الولد للفراش وللعاهر الحجر } ۰ (٤)

٧ - ثبوت حق التوارث بين الزوجين فيرث كل منهما الآخر شرعا حسب نصيبه المقرر في الشريعة الإسلامية ما لم يوجد مانع من ذلك شرعا ۰

١- سورة الأحزاب من الآية رقم ٣٣

٢- سورة الطلاق من الآية رقم ١

٣- سورة النساء من الآية رقم ٢٣

٤- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب اللعان - باب الولد للفراش دون الزاني - ج ٦ ص ٣٢٥

٨ ـ وجوب المساواة والعدل بين جميع الزوجات في جميع الحقوق في حالة التعدد : كأن يعدل الزوج بين زوجاته في المبيت والنفقة في كافة أنواعها ولا يظلمهن في شيء من ذلك وأما الحب والميل القلبي فهذا أمر لا يملكه وقد قالت عائشة رضي الله عنها : { كان رسول الله صلي الله عليه وسلم يقسم لنسائه فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك } ٠ (١)

٩ـ وجوب طاعة الزوجة لزوجها مطلقا فيما ليس فيه معصية لله ، ووجوب طاعتها له إذا دعاها للفراش ، قال سبحانه وتعالي : { ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة } ٠ (٢)

فتقدم طاعته علي طاعة الله تعالي في النوافل فلا تصوم إلا بإذنه ولا تحج إلا برفقته غير أنها لا يجب عليها أن تطيعه في شئ فيه معصية لله : كأن يأمرها بشرب الخمر ونحو ذلك ٠

١٠ ـ حق تأديب الزوج لزوجته إذا هي لم تطيعه : كأن تكون ناشزة تعصاه أو تخرج بدون إذنه أو تترك حقوق الله تعالي وذلك مثل الطهارة والصلاة أو تخونه في نفسها أو غير ذلك من الأمور ، ففي مثل هذه الحالات يكون للزوج أن يعظها وينصحها با لرفق واللين أو يهجرها في المضجع باعتزالها وترك جماعها أو المبيت معها ، أو يضربها ضربا غير مبرح أي غير مؤذ بحيث لا يترك أي علامات أو آثار علي جسدها مطلقا وقد قال الحق سبحانه تعالي : { واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن } ٠ (٣)

١ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ باب القسم بين الزوجات ـ ص ٨٧٢

٢ـ سورة البقرة آية رقم ٢٢٨

٣ـ سورة النساء آية رقم ٣٤

قال ابن العربي (١) : نشوزهن يعني امتناعهن عنكم ، عبر عنه بالنشوز وهو المرتفع من الأرض وأن كل ما امتنع عليك فقد نشز عنك ٠ وقوله تعالي فعظوهن : هو التذكير بالله فيما عنده من الثواب والتخويف مما عنده من العقاب ، ويعرفها أن حسن الأدب في جمال العشرة والقيام بحقوق الطاعة للزوج والإعتراف بالدرجة التي له عليها ، فإن النبي صلي الله عليه وسلم قال في الحديث الشريف : {لوكنت آمرا أحد ا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها } ٠ (٢) ، وأما قوله واهجروهن في المضاجع : أي يوليها ظهره في فراشه كما قال ابن عباس أو لا يكلمها وإن وطئها كما قال عكرمة ، أو لا يجمعها وإياه فراش ولا وطء حتي ترجع إلي الذي يريد أو يكلمها ويجامعها ولكن بقول فيه غلظة وشدة وأما قوله تعالي واضربوهن : أي ضربا غير مبرح لا يظهر أثره علي البدن يعني جرح أو كسر ٠

قال ابن العربي : ومن أحسن ما سمعت في تفسير هذه الآية : قول سعيد بن جبير حيث قال : يعظها فإن قبلت وإلا هجرها ، فإن هي قبلت وإلا ضربها فإن هي قبلت وإلا بعث حكما من أهله وحكما من أهلها فينظران ممن الضرر وعند ذلك يكون الخلع ٠ (٣)

١- هو أبوبكر بن عبد الله بن محمد المعافري الأشبيلي المالكي أبو بكر بن العربي قاضي من حفاظ الحديث ولد في أشبيلية سنة ٤٦٨ هجرية ورحل إلي الشرق وبرع في الأدب وبلغ رتبة الإجتهاد في علوم الدين وصنف كتبا في الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب والتاريخ وولي قضاء أشبيلية مات قرب فارس ودفن بها سنة ٥٤٣ هـ من كتبه : العواصم من القواصم جزآن وأحكام القرآن وهو مجلدان وقانون التأويل جزآن منه في التفسير، وهوغير محي الدين ابن العربي ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٧ ص ١٠٦ }

٢- رواه الترمذي - من كتاب رياض الصالحين للنووي - حديث رقم ٢٩١ ص ٨٤

٣- أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٤٠ وما بعدها

وعن إياس بن عبد الله بن أبي ذباب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : {لاتضربوا إماء الله } ، فجاء عمر رضي الله عنه إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال : ذئرن النساء علي أزواجهن ، فرخص في ضربهن فأطاف بآل رسول الله صلي الله عليه وسلم نساء كثير يشكون أزواجهن ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : {ولقد أطاف بآل بيت محمد نساء كثير يشكون أزواجهن ليس أولئك بخياركم } ٠ (١)

والعبد يقرع بالعصا والحر تكفيه الإشارة ، فينبغي أن يقدر الأمر بمناسبة الحال فليست كل إمرأة تضرب عند عدم الطاعة ٠

١ ـ المعاشرة بالمعروف : فيكف أذاه عنها ويحسن معاملتها ومعاشرتها ويؤدي إليها كامل حقوقها قال تعالي : { وعاشروهن بالمعروف } ٠ (٢)

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم {أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا ، وخياركم خياركم لنسائهم } ٠ (٣)

حكم الزواج غير اللازم أو الجائز

الزواج غير اللازم :

هو : نوع من أنواع عقود الزواج الصحيحة ولكنه فقد شرطا من شروط اللزوم وعلي ذلك فإنه تترتب علي هذا العقد نفس تلك الآثار التي تترتب علي العقد

١ـ رواه أبو داود بإسناد صحيح ، ومعني " ذئرن " هو بذال مفتوحة ثم همزة مكسورة ثم راء ساكنة ثم نون أي : اجترأن ، وقوله : " أطاف " أي : أحاط ٠ (من كتاب رياض الصالحين ـ باب الوصية بالنساء ـ حديث رقم ٢٨٤ ـ ص ٨٣)

٢ـ سورة النساء من الآية رقم ١٩

٣ـ رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح ـ من كتاب رياض الصالحين للإمام النووي ـ باب الوصية بالنساء ـ (حديث رقم ٢٨٣ ـ ص ٨٣) ٠

اللازم وليس من فرق بينهما سوي أنه في العقد اللازم لا يجوز لأحد أن يتحلل من إلتزاماته فلا يملك حق فسخه أو الإعتراض عليه ، بينما في العقد غير اللازم أو الجائز فيثبت حق الإعتراض عليه أو فسخه لمن يملك ذلك شرعا وعلي ذلك فإنه يمكن القول : أنه تجب بهذا العقد النفقة والمهر وحرمة المصاهرة ويثبت به النسب والتوارث وغير ذلك من الحقوق التي تترتب علي العقد اللازم حتي يتم فسخه بواسطة القاضي .

حكم الزواج الموقوف

الزواج الموقوف هو نوع من أنواع عقود الزواج الصحيحة ، ولكنه يتراخى في ترتيب الآثار الشرعية للعقد إلي ما بعد الإجازة ممن يملكها ، فلا يحل فيه الدخول بالزوجة ولا تجب فيه نفقة ولا طاعة ولا يثبت به حق التوارث ولكنه إن أجيز صار نافذا وترتبت عليه أحكام العقد اللازم من وقت نشأته عملا بالقاعدة الفقهية التي تقول : الإجازة اللاحقة كالإذن السابق .

ومثال لذلك نكاح الفضولي الذي يعقد لغيره بدون أن يكون له صفه شرعية سواء بالولاية أو الوكالة . وأيضا مثل أن يتزوج الصغير أو الصغيرة بدون إذن الولي حتى وإن كانا مميزين وإذا حصل دخول قبل الإجازة كان معصية ولكن الحنفية قالوا بأنه تترتب عليه آثار الزواج الفاسد : فيسقط الحد للشبهة ويثبت النسب لمصلحة الأولاد ويجب الأقل من المسمي ومهر المثل وتجب العدة علي المرأة بعد الحكم بالتفريق بينهما ، وتثبت حرمة المصاهرة فيحرم علي الرجل أن يتزوج بأحد من أصول الزوجة أو فروعها وتحرم هي الأخرى علي أصوله وفروعه وإذا رد العقد بطل وصاركأن لم يكن فلا يكون له بعد ذلك أي أثر ولا يحتاج في هذا إلي حكم من القضاء لأنه غير نافذ . (١)

١ـ تبيين الحقائق شرح الكنز مع حاشية الشلبي ج ٢ ص ١٢٥

حكم الزواج الفاسد

الزواج الفاسد : هو ما تخلف فيه شرط من شروط الصحة كالزواج بغير شهود ٠

ولا يترتب علي هذا العقد أي عقد الزواج الفاسد أي أثر من آثار العقد قبل الدخول ويجب عليهما الإفتراق بأنفسهما وإلا رفع الأمر للقاضي ليحكم بالتفريق بينهما وتقبل في هذا الصدد دعاوى الحسبة التي لا يكون للمدعي فيها مصلحة أو صفة فهي تقبل في كل ما كان من حقوق الله أو كان حق الله فيه غالبا كالدعوى بإثبات الطلاق البائن وبالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد ٠(١)

وإذا حصل دخول بالمرأة في هذا الزواج الفاسد كان معصية ووجب التفريق بينهما لكن لا يقام عليهما حد الزنا لشبهة العقد ، **ولكن يترتب عليه الأحكام الآتية :**

١ـ وجوب المهر فيجب مهر المثل إن لم يكن قد سمي في العقد مهرا معينا فإن كان المهر مسمي في العقد وجب الأقل من المسمي أو مهر المثل ٠

٢ـ ثبوت نسب الأولاد لأبيهم إحتياطا وذلك لإحيائهم وعدم ضياعهم وليكونوا بذرة غير فاسدة في المجتمع ٠

٣ ـ وجوب العدة علي المرأة من وقت التفريق بينهما ٠

وقال زفر وهو أحد فقهاء الحنفية : أن وقت وجوب العدة يبدأ من آخر وطء وطئها فيه ، ذلك لأن العدة تجب بالوطء ، وتطلب لمعرفة إستبراء الرحم ولا يكون ذلك إلا من الوطء ٠ (٢)

٤ـ ثبوت حرمة المصاهرة بينهما ، فيحرم علي كل منهما الزواج من أصول الآخر وفروعه ٠

١ـ مبادئ القضاء الشرعي للمستشار أحمد الجندي ص ٢٧٢

٢ـ فتح القدير علي الهداية ج ٣ ص ٣٦٦

ولا يترتب علي الدخول في العقد الفاسد سوي ما ذكر من الآثار ، فلا يحل فيه استمتاع أحدهما بالآخر كما لا يجب به نفقة ولا يثبت به التوارث إلي غير ذلك من الأمور ٠ (١)

حـكـم الـعـقـد الـبـاطل

الزواج الباطل :

هو ما كان الخلل فيه راجعا إلي ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده ، ومثل هذا الزواج لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح فلا يحل فيه الدخول بالمرأة ، و يجب فيه عدم التمكن من الدخول فإن دخل فرق القاضي بينهما جبرا ولا عدة فيه بعد التفريق ، ويكون الدخول حينئذ بمثابة الزنا ويجب به الحد عند جمهور فقهاء الحنفية وغيرهم ، وإن كان الإمام أبو حنيفة يسقط الحد في هذه الحالة لشبهة العقد ، وإذا سقط الحد علي رأي الإمام فيجب مهر المثل بالغا ما بلغ ولكن رأي الإمام غير ناهض في هذا المقام وذلك لأن العقد الباطل لا إعتبار له وهو يستوي مع العدم تماما بتمام فلذلك لا يترتب عليه ولا علي الدخول إستنادا إليه أي أثر من الآثار ومثال الزواج الباطل : أن يتزوج بإحدى محارمه مثلا ، أو تتزوج المرأة برجل آخر مع العلم بأنها متزوجة أو تتزوج المسلمة كافرا ، أو يتزوج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية والوثنية ونحوها ، ويثبت الحنفية حرمة المصاهرة بناء علي الدخول في العقد الباطل لأنه علي كل حال لن يكون أقل من الزنا الذي تترتب عليه حرمة المصاهرة في مذهبهم ، وهي رواية أيضا في مذهب الحنابلة خلافا لما عليه جمهور فقهاء المذاهب الأخرى لأن الحرام لا يحرم الحلال ٠ (٢)

١- فتح القدير علي الهداية ج ٣ ص ٢١٩

٢- بدائع الصنائع للكاساني المرجع السابق ج ٢ ص ٣٣٥

بعض أنواع الزواج الأخرى وحكم الشرع فيها

لقد ظهرت ظاهرة في منتهى الخطورة علي شباب أمة الإسلام في هذه الآونة الأخيرة ألا وهي ظاهرة الزواج العرفي الذي يفتقد إلي أبسط الأركان والشروط الشرعية وهذه الظاهرة سأتناولها بالشرح والتحليل في الباب التالي مباشرة ٠

ولكن أردت في هذا المبحث أن أتعرض إلي بعض صور الزواج التي حرمتها الشريعة الإسلامية ولكن بعض الناس يتشبثون بهما ويحاولون إلباسهما لباس الصفة الشرعية الصحيحة ٠

هذه الصور هي : نكاح الشغار ونكاح المسيار والنكاح المؤقت ونكاح المتعة

وسوف أتناولهم بشئ من التفصيل فيما يلي محاولا الرد علي بعض الشبهات التي أوردها من يؤيدونهم :

أولا : نكاح الشغار :

نكاح الشغار : هو عبارة عن عقدي زواج ينعقدان بصيغة واحدة بدون مهر وأساس هذا النكاح هو المبادلة والمقايضة وذلك مثل أن يقول رجل لآخر زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو : زوجني أختك وأزوجك أختي وبضع كل منهما مهر للأخري ، قال الإمام النووي رحمه الله وصورته الواضحة : زوجتك ابنتي علي أن تزوجني ابنتك وبضع كل واحدة صداق للأخرى فيقول قبلت وهذا النكاح من أنكحة الجاهلية التي نهي عنها الإسلام لقول رسول الله صلي الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { لا شغار في الإسلام } ٠ (١)

١- سنن بن ماجه - حديث رقم ١٨٨٥ ص ٣٢٨ - كتاب النكاح - باب النهي عن الشغار

وفي الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : {نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الشغار } ٠ (١)

وعلي ذلك فيمكن القول أن نكاح الشغار هو :أن يزوج الرجل موليته علي أن يزوجه الآخر موليته ولا مهر بينهما أو سكت عنه أو شرطا نفيه أو قالا : وبضع كل منهما مهر الأخري ٠

وعن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : { نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الشغار ٠ (٢)

لكن لو سمي لكل منهما مهرا كأن يقول :زوجتك ابنتي علي أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة مائة أو قال أحدهما : ومهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فقبل الأخر صح العقد عليهما بالمسمي ، وذلك لأنه نكاح اقترن به شرط فاسد فيبطل الشرط ويصح العقد ٠ (٣)

وفي حديث معاوية : أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وقد كانا جعلاه صداقا ، فكتب معاوية ابن أبي سفيان إلي مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه :
هذا الشغار الذي نهي عنه رسول الله صلي الله عليه وسلم ٠ (٤)

وقد قرر جميع الفقهاء بوجوب المهر علي الرجل دون المرأة إما بالعقد أو بالدخول الحقيقي ولذلك نجد أن المهر هو من آثار عقد الزواج ومن حقوق الزوجة التي تنشأ عن هذا العقد والتي حافظ عليها الإسلام وأوجب تحققها ٠

١- من كتاب سنن بن ماجه - كتاب النكاح - حديث رقم ١٨٨٤ - ص ٢٣٧

٢- الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩١٤ - ص ٨١٥

٣- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٦٨

٤- نيل الأوطار للشوكاني - باب نكاح الشغار - حديث رقم ٢٦٩٧ ج ٦ ص ١٦٤ و ١٦٥

وفي هذا يقول بن قدامة في المغني :

أن الرجل إذا زوج موليته علي أن يزوجه الآخر موليته فلا نكاح بينهما وإن سموا مع ذلك صداقا أيضا ٠٠٠ لإن هذا النكاح يسمي الشغار ٠ (١)

ويمكنني أن أقرر هنا أن معني الشغار هو كما ورد في حديث بن عمر :

{ أن رسول الله صلي الله عليه وسلم نهي عن الشغار والشغار : أن يزوج الرجل ابنته علي أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق } ٠(٢)

وفي حديث أبي هريرة: {نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الشغار والشغار:أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي} ٠ (٣)

وقد قيل إنما سمي شغارا : لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في القبح يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وعن الأصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخرعما يريد ، ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد ٠ (٤)

ثانيا : نكاح المسيار :

حقيقة نكاح المسيار وتعريفه:

إن زواج المسيار : كما يسمي ليس شيئا جديدا إنما هو أمر عرفه الناس من قديم وهو الزواج الذي يذهب فيه الرجل إلي بيت المرأة ولا تنتقل المرأة إلي

١- المغني لابن قدامة ج ٨ ص ■ - كتاب النكاح - باب حكم نكاح الشغار

٢- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - باب نكاح الشغار - حديث رقم ٢٦٩٤ ج ٦ ص ١٦٤

٣- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - ج ٦ ص ١٦٤- حديث رقم ٢٦٩٦

٤- المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٥ و ٦

بيت الرجل وفي الغالب تكون هذه زوجه ثانية وعنده زوجة أخري هي التي تكون في بيته وينفق عليها فروح هذا الزواج هو إعفاء الزوج من واجب المسكن والنفقة والتسوية في القسم بينها وبين زوجته الأولي أو زوجاته تنازلا منها ، فهي تريد رجلا يعفها ويحصنها ويؤنسها ، وإن لم تكلفه شيئا بما لديها من مال وكفاية تامة ٠

وكلمة مسيار ليست كلمة أعجمية إنما هي كلمة عامية دارجة في بعض بلاد الخليج العربي يقصدون منها : المرور وعدم المكث الطويل ٠ (١)

إذن زواج المسيار : هو زواج تتوافر فيه جميع أركان عقد النكاح ، لكن الزوجة تتنازل فيه عن بعض حقوقها كحق النفقة وحق المبيت وتكتفي بزيارة زوجها لها في أوقات يتفقان عليها ، ولهذا سمي بزواج المسيار ٠

وقد ظهر هذا النوع من الزواج وانتشر في السنوات الأخيرة في بعض المجتمعات بسبب إنتشار العنوسة أو ارتفاع المهور أو رغبة الزوج في اخفاء حقيقة زواجه من ثانية عن زوجته الأولي ٠

وفي نكاح المسيار هذا نجد أن من أهم عيوبه هو حرمان الزوجة من العواطف والحب والمودة ، فلا قوامة فيه للرجل ولا مسئولية عليه وإنما هو فقط لإشباع الغريزة الجنسية في الوقت الذي يتيسر له ويحن علي زوجته بالزيارة والرؤية ٠ وهذا مخالف لقول الحق سبحانه وتعالي حيث قال سبحانه : { ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } ٠ (٢) كما يلاحظ أنه في زواج المسيار هذا تتنازل الزوجة عن حقها في النفقة والمبيت ٠

١- الدكتور يوسف القرضاوي كتاب زواج المسيار حقيقته وحكمه ص ٩ : ١١

٢- سورة الروم الآية رقم ٢١

وقد اختلف العلماء المعاصرون في صحة نكاح المسيار وكونه باطلا من عدمه ، ومن العلماء المعاصرون من يقولون بصحة زواج المسيار هذا :

ومن هؤلاء الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي حيث يقول :

والظاهر أن القول القائل بصحة زواج المسيار هو القول الراجح : لتوافر أركانه وشروطه والمطلوب هو أن يتم الزواج رسميا ويعلم به الجميع محافظة علي سمعة الزوجة حتي لا تعرض نفسها لكلام الناس حين يرون رجلا يدخل عليها في بيتها كل شهر مثلا مرة ، أما لو أعلن الزواج فلا حرج في مجيئه ودخوله عليها في أي وقت ٠ (١)

أيضا ممن يؤيدون نكاح المسيار ويفتون بجوازه : الدكتور يوسف القرضاوي حيث يقول في كتابه : زواج المسيار حقيقته وحكمه ما يلي

{وأنا عندما سؤلت عن هذا الزواج (المسيار) قلت :أنا لا يهمني الأسماء فالعبرة في الأحكام ليست بالأسماء والعناوين ، ولكن بالمسميات والمضامين وفي القواعد الشرعية لمجلة الأحكام العدلية الشهيرة : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني وليست للألفاظ والمباني ، سموا هذا الزواج ما تسمونه ولكن المهم عندي أن تتحقق أركان عقد الزواج وشروطه ، وأول أركان عقد الزواج هو الإيجاب والقبول ممن هو أهل للإيجاب والقبول ، وأن يتحقق الإعلام والإعلانبه حتي يتميز عن الزني وإتخاذ الأخدان الذي يكون دائما في السر وهناك حد أدني في الشرع لهذا الإعلان وهو وجود شاهدين ، ووجود الولي في رأي المذاهب الثلاثة المعروفة مالك والشافعي وأحمد ، وألا يكون هذا الزواج مؤقتا بوقت بل يدخله الرجل والمرأة بنية الإستمرار ، وأن يدفع الرجل للمرأة مهرا قل أو كثر ، وإن كان لها بعد ذلك أن تتنازل عن جزء منه أو عنه

---

١ ـ كتاب الزواج للدكتور محمد إبراهيم الحفناوي ص ٣٩٦

كله لزوجها إذا طابت نفسها بذلك ... فإذا وجدت هذه الأمور الأربعة :

الإيجاب والقبول من أهلهما ، والإعلام ولو في حده الأدني ، وعدم التأقيت والمهر ولو تنازلت عنه المرأة بعد ذلك ، فالزواج صحيح شرعا وإن تنازلت المرأة فيه عن بعض حقوقها ، ما عدا حق الجماع الذي لا يجوز أن يشرط في العقد لأنه شرط ينافي مقصود العقد فيبطله .

ولا يملك الفقيه أن يبطل مثل هذا العقد المستوفي لأركانه وشروطه ويعتبر هذا الإرتباط لونا من الزني لمجرد تنازل المرأة فيه عن بعض حقوقها ، فهي إنسان مكلف وهي أدري بمصلحتها وقد تري - في ضوء فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد - أن زواجها من رجل يأتي إليها في بعض الأوقات من ليل أو نهار أولي وأفضل من بقائها وحيدة محرومة أبد الدهر ...

ثم يستطرد سيادته قائلا :

وأنا أرجح أن يسجل هذا الزواج ويوثق بشروطه حفظا للحقوق وضمانا للمستقبل وحرصا علي سهولة ثبوت نسب الأولاد لأبيهم وميراثهم منه فهذا ما لا يجوز التنازل عنه ، فإن كان للزوجة التنازل عن بعض حقوقها فليس لها التنازل عن حقوق أولادها } . (١)

ثالثا : النكاح المؤقت :

النكاح المؤقت :ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج ولكن يقترن بالصيغة ما يدل علي تأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر ، وهو يدخل في المتعة عند الشيعة الإمامية الذين أباحوها .

وقد قال جمهور الفقهاء إن الزواج المؤقت باطل لأنه من زواج المتعة أو علي الأقل هو في معناه إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الغرض من المتعة

١- الدكتور يوسف القرضاوي المرجع السابق من ص ١١ : ١٦ بتصرف

وإقتران الصيغة بما يدل علي التوقيت وتقييدها بالوقت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج إذ العبرة في إنشاء العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ المجردة والمباني. (١)

وحول مسألة النكاح المؤقت يقول ابن قدامة في المغني :

ولو تزوجها علي أن يطلقها في وقت بعينة لم ينعقد النكاح ، يعني إذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها . (٢)

رابعا : نكاح المتعة :

حقيقة نكاح المتعة هي : أن يقول رجل لامرأة : أتمتع بك لمدة كذا بمقابل معين من المال وهذا الزواج بإجماع أهل السنة باطل .

وقد خالف الشيعة في ذلك : فقالوا إنه صحيح مستدلين لرأيهم هذا بقوله سبحانه وتعالي : {فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة} . (٣) ولأن النبي صلي الله عليه وسلم - كان قد رخص فيها للمسلمين في بعض الغزوات ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أيضا : أنه كان يفتي بحل نكاح المتعة ، إستنادا إلي إباحة الرسول صلي الله عليه وسلم - المتعة للمسلمين في أول الإسلام .

وهذه المخالفة من الشيعة لا سند لها من الفهم الصحيح ، لأن الآية الكريمة هي في الزواج الصحيح المؤبد ، ولا يخلو ذكر الإستمتاع هنا من أنه يعبر

١- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٧٧

٢- المغني لابن قدامة - كتاب النكاح - ج ٨ ص ١١

٣- سورة النساء من الآية رقم ٢٤

عما يوجبه حكم العقد الصحيح والمراد بأجورهن مهورهن فكيف يصح الاستدلال والمرأة المستمتع بها ليست بزوجة ولا لها حقوق الزوجة ، لذلك فإن رأي ابن عباس ليس بشيء خاصة وأنه ثبت عنه الرجوع عنه بعد ذلك قال عياض : وقع الإجماع من جميع العلماء علي تحريمها إلا الروافض ٠

وأما بن عباس فروي عنه أنه أباحها ، وروي عنه أيضا أنه رجع عنها بعد ذلك ، وبهذا يثبت بطلان نكاح المتعة والنكاح المؤقت ، خاصة وأنه لا يتعلق به أي أثر من أثار الزواج كسائر الأنكحة الباطلة ، ولما ثبت أن النبي صلي الله عليه وسلم : نهي عن المتعة عام خيبر ٠

وعلي ضوء ما سبق ذكره آنفا فإنه يمكن للباحث أن يقرر أن أهل السنة والجماعة قد ذهبوا إلي أن زواج المتعة هذا قد أحله رسول الله صلي الله عليه وسلم في بعض الغزوات للضرورة ثم حرمه بعد ذلك يوم الفتح إلي الأبد تحريما نهائيا ٠

المبحث الثالث

شبه الشيعة الإمامية في حل زواج المتعة والرد عليها

وشذت طائفة الشيعة الإمامية فقالت بإباحته وعدم نسخه ، وتعللوا ببعض الشبه في ذلك حاولوا التدليل من خلالها علي صحة معتقداتهم الخاطئة وسوف أبدء هنا بذكر تلك الشبه التي أوردوها ثم بعد ذلك أذكر ردود علمائنا الأفاضل علي هذه الشبه وذلك علي النحو التالي :

أولا : شبه الشيعة الإمامية في حل زواج المتعة :

أ ـ من الشبه التي تعللوا بها قوله تعالي : { فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة } ٠ (١)

والإستدلال بها عندهم من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أنه تعالي ذكر لفظ الإستمتاع ولم يذكر لفظ النكاح

والوجه الثاني : أنه تعالي أمر بإيتاء بالأجر والأجر لا يجب إلا في عقد الإجارة فكانت المتعة إجارة ٠

الوجه الثالث : أنه تعالي أمر بإيتاء الأجر بعد الإستمتاع وذلك يكون في عقد الإجارة والمتعة ٠

فأما المهر فإنه يجب في النكاح بنفس العقد ويؤخذ الزوج بالمهر أولا قبل أن يمكن من الإستمتاع فدلت الآية الكريمة علي جواز نكاح المتعة ٠

ب كما يستندون إلي قول ابن عباس رضي الله عنهما :إن المراد بالآية زواج المتعة ويرون أن هذه الآية وردت في قراءة أبي بن كعب رضي الله عنه :فما إستمتعتم به منهن (إلي أجل مسمي) " فآتوهن أجورهن " بزيادة إلي أجل

---

١ ـ سورة النساء من الآية رقم ٢٤

مسمي وقالوا : وهي وإن لم يتفق علي أنها قرآن فهي تفسير للآية الكريمة ٠

ج ـ كما يرون أن هذا النوع من الزواج ضـروري ومفيد أحيانا ، خاصة للرحالة الذين يتنقلون من بلد إلي بلد أخر ، ولا يستطيعون العيش بدون زوجة ويخشون الوقوع في الزنا وأنهم قد يجدون في زواج المتعة ما يمنعهم عن الوقوع في الزنا ٠

وحول هذه المسألة يقول الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء وهو من كبار علماء الشيعة الإمامية :

"إنه قد إتفق المفسرون علي أن جماعة من عظماء الصحابة كعبد الله بن عباس وجابر بن عبد الله الأنصاري وعمران بن الحصين وبن مسعود وأبي بن كعب وغيرهم كانوا يفتون بإباحتها ويقرأون الآية المتقدمة هكذا : { فما إستمتعتم به منهن (إلي أجل مسمي) فآتوهن أجورهن }ثم يقول : فالضرورة في الإسلام قائمة علي ثبوت مشروعيتها وتحقق العمل بها ٠

ثم يستطرد بعد بيان مشروعيتها في بيان فوائدها الإجتماعية والأخلاقية فيقول : إن الإنسان معرض في كثير من الأحيان للسفر في التجارة أو طلب العلم أو الغزو والحروب مثلا وأن من طبائعه الشهوة والميل الغريزي للمرأة وحينئذ يكون حاله بين أمرين : إما كبت شهوته ومجاهدة نفسه وهذا قد يورث بعض الأمراض والعلل المهلكة ، وإما الوقوع في الزنا الذي ملأ البلاد حين سد المسلمون علي أنفسهم هذه الرحمة ٠ (١)

١ـ من بحث مقدم للمؤتمر الإسلامي : د محمد يوسف موسي : المرجع : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحي بن المرتضي المتوفي عام ٤٨ هجرية وأيضا الأستاذ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ١١٥ و ١١٦

ثانيا : الرد علي شبه الشيعة الإمامية في حل زواج المتعة

لقد أورد أستاذنا الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح ردودا قيمة علي ما أوردته طائفة الشيعة الإمامية من شبه باطلة في حل زواج المتعة أنقلها فيما يلي :

[لقد رد جماعة أهل السنة علي شبه الشيعة الإمامية بما يلي :

أولا :

أنه ليس في الآية الكريمة التي استدلوا بها وهي قوله تعالي : {فما استمعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة } ما يدل علي إباحة المتعة ، بل المعني من الآية هو :إذا استمتعتم بأزواجكم أي دخلتم بهن فآتوهن أجورهن ، أي كاملة فيكون المراد منها أن الدخول بالزوجة يؤكد المهر كله بجعله لازما علي الزوج

ثانيا :

أنه لا خلاف في أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قد أباح المتعة فترة قصيرة من الزمن ثم حرمها فيما بعد فيكون التحريم ناسخا لما كان من الإباحة . ويستدلون علي النسخ بما يلي :

أ - بما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن سبرة بن معبد قال :أمرنا رسول الله صلي الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ثم لم نخرج حتى نهانا عنها ، وفي رواية أخري أنه قال : أيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الإستمتاع بالنساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلي يوم القيامة فمن كان عنده منهن شئ فليخل سبيلها ، { لا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا } .

ب - وما رواه محمد بن الحنفية :أن عليا رضي الله عنه قال :إن رسول الله صلي الله عليه نهي عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الإنسية .

ثالثا :

وما روي عن عبدالله ابن عباس رضي الله عنهما قال : إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما

يري أنه مقيم فتحفظ متاعه وتصلح له شأنه حتى إذا نزل قوله سبحانه وتعالي : { والذين هم لفروجهم حافظون إلا علي أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن إبتغي وراء ذلك فأولئك هم العادون } ٠ (١)

قال يعني بن عباس : فكل فرج سواهما حرام ، وقد سئلت عائشة رضي الله تعالي عنها عن متعة النساء فقالت :نسختها آية {والذين هم لفروجهم حافظون ٠٠الآية } فكل فرج سواهما أي الزوجة والأمة حرام ٠ (٢)

رابعا :

روي أن عمر صعد المنبر فحمد الله وأثني عليه وقال ما بال رجال ينكحون هذه المتعة وقد نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عنها : والله لا أوتي بأحد نكحها إلا رجمته ٠

معني ذلك أنه رضي الله عنه كان يعتبرها زنا بعد أن حرمها رسول الله صلي الله عليه وسلم يوم الفتح إلي يوم القيامة ، كما ثبت أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يري تحريمها إلي الأبد ولم يمت حتى رجع عن الفتيا بحلها ٠

وفيما يلي بعض من أقوال أهل العلم :

" جاء في إعانة الطالبين للبكري : إن نكاح المتعة كان مباحا ثم نسخ يوم خيبر ثم أبيح يوم الفتح ثم نسخ واستمر تحريمه إلي يوم القيامة وكان فيه خلاف في الصدر الأول ثم ارتفع وأجمعوا علي تحريمه : قال بعض الصحابة :رأيت رسول الله صلي الله عليه وسلم قائما بين الركن والباب وهو يقول : أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الإستمتاع ألا وإن الله حرمها إلي يوم القيامة ٠ "

هذا وقد وقعت مناظرة بين القاضي يحيي بن أكثم وبين أمير المؤمنين المأمون

١- سورة المؤمنون : الآيات رقم ٥ ، ٦ ، ٧

٢- نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص ١١٤

بن هارون الرشيد : فإن المأمون كان يري إباحة المتعة ، فدخل عليه القاضي يحيي وهو متغير قال :ما حدث في الإسلام قال : وما حدث ؟ قال تحليل الزنا قال المأمون المتعة زنا ؟ قال يحيي نعم : قال ومن أين لك ؟ قال من كتاب الله وسنة رسوله صلي الله عليه وسلم : أما الكتاب : فقوله تعالي {والذين هم لفروجهم حافظون إلا علي أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ١٠٠الآية } ثم قال : فلا هي زوجة ولا هي أمة ، ومن السنة : ما روي الزهري بسنده عن علي رضي الله عنه أنه قال : أمرني رسول الله صلي الله عليه وسلم أن أنادي بالنهي عن المتعة وتحريمها بعد أن كان أمر بها . فالتفت المأمون للحاضرين وقال : أتحفظون هذا من حديث الزهري قالوا : نعم فقال المأمون أستغفر الله ونادي بتحريم المتعة " ٠

ومن أحكام نكاح المتعة : أنه يثبت بالدخول فيه مهر المثل فلا يجب المسمي لفساده كما يثبت به النسب ، ويجب عليها أن تعتد بحيضة واحدة ، ويسقط به الحد إن عقد بولي وشاهدين ، فإن عقد بينه وبين المرأة وجب الحد إن وطئ ولا يجب المهر : لأن الحد إذا وجب سقط المهر وإذا سقط الحد وجب المهر ، ولا يحتاج إلي فسخ أو طلاق لفساده ولا يثبت به نفقة للمرأة ولا ميراث بينهما للموت ٠

" وفي البدائع للكاساني عن المتعة كلام جيد أفضل ذكره زيادة في الفائدة : ومن شروط الإنعقاد في الصيغة التأبيد ، فلا يجوز النكاح المؤقت وهو نكاح المتعة وهو نوعان : أحدهما : أن يكون بلفظ التمتع ، والثاني : أن يكون بلفظ النكاح أو التزويج وما يقوم مقامها ٠ أما الأول فهو أن يقول : أعطيتك كذا علي أن أتمتع بك يوما أو شهرا أو سنة ونحو ذلك وأنه باطل عند عامة العلماء وقال بعض الناس " يريد الشيعة الإمامية " هو جائز ، واحتجوا بظاهر قوله تعالي : { فما إستمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة } ٠ والإستدلال بها

من ثلاثة (سبق ذكرها في وجه الإستدلال بالآية علي الجواز عند الشيعة الإمامية) " .

ودليل عامة العلماء علي تحريمها : الكتاب ، السنة والإجماع والمعقول :

أما الكتاب :

فقول الحق سبحانه وتعالي : {والذين هم لفروجهم حافظون إلا علي أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم } .حرم تعالي الجماع إلا بأحد شيئين :النكاح وملك اليمين والمتعة ليست بنكاح ، ولا بملك يمين فيبقي التحريم .

والدليل علي أنها ليست بنكاح أنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري بينهما التوارث فدل علي أنها ليست نكاحا فلم تكن هي زوجة له .وقوله سبحانه وتعالي في آخر الآية : { فمن إبتغي وراء ذلك فأولئك هم العادون } .

سمي الله مبتغ ما وراء ذلك عاديا فدل علي حرمة الوطء بدون هذين الشيئين . (الزوجة ، والأمة توطأ بملك اليمين) وهو ما كان سائد قبل الإسلام وفي صدر الإسلام إلي أن إنتهي الرق .. إلخ

وأما السنة :

فما روي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم نهي عن متعة النساء يوم خيبر وعن سمرة الجهني رضي الله عنه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم نهي عن متعة النساء يوم فتح مكة وعن عبد الله بن عمر أنه قال نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم يوم خيبر عن متعة النساء .

وأما الإجماع :

فإن الأمة بأسرها إمتنعوا عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة إليها فدل ذلك علي تحريمها بالإجماع ومخالفة الشيعة لا يخرق الإجماع إتفاقا .

وأما الآية الكريمة التي استدل بها الشيعة فيجاب عنها بما يلي :

أولا : بأن قوله تعالي : {فما إستمتعتم به منهن }ورد في النكاح لأن المذكور في أول الآية وآخرها هو النكاح ·

فإن الله تعالي ذكر أجناسا من المحرمات في أول الأمر وأباح ما وراءها بالنكاح بقوله تعالي : { وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم } ·

وأما قولهم سمي الواجب أجرا ، فنعم : فإن المهر في النكاح يسمي أجرا قال تعالي : { فأنكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن } · (١)

أي مهورهن · قال سبحانه وتعالي : {يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن } · (٢)

والمتعة منسوخة بما تلونا من الآيات وروينا من الأحاديث وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن قوله تعالي : {فما إستمتعتم به منهن }نسخه قوله سبحانه و تعالي : { يا أيها النبي إذا طلقتم النساء } وذلك أنه " حيث لا طلاق في المتعة " ·

وعن ابن عباس : نسخ المتعة آية الطلاق والصداق والعدة والمواريث والحقوق التي تجب بالنكاح أي أن النكاح هو الذي تثبت به الأشياء ، ولا تثبت شئ منها بالمتعة ·

وأما النوع الثاني من النكاح المؤقت : فهو الذي يكون بلفظ التزويج أو الإنكاح كأن يقول الرجل تزوجتك شهرا بكذا من المال فتقول المرأة قبلت وهو فاسد أيضا عند أصحابنا (الثلاثة) · (٣)

١- سورة النساء آية رقم ٢٥

٢- سورة الأحزاب آية رقم ٥٠

٣- بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٧٢ ، ٢٧٣

ويقول الإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت رحمه الله (١) :

إن الرأيين في زواج المتعة : (يقصد الشيعة الإمامية الذي يبيحها ورأي أهل السنة الذي حرمها) : لا يمكن أن يوضعا في ميزان واحد وإن الشريعة التي تبيح للمرأة أن تتزوج في السنة الواحدة أحد عشر رجلا ، وتبيح للرجل أن يتزوج كل يوم ما يمكن من النساء دون تحميلة شيئا من تبعات الزواج ، إن شريعة تبيح هذا لا يمكن أن تكون هي شريعة الله رب العالمين] ٠ (٢)

١- الفتاوي ص ٢٥٠

٢- أنظر في جميع ما ذكر في مسألة شبه الشيعة الإمامية في زواج المتعة والرد عليها : أستاذنا الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق من ص ١١٦ إلي ص ١٢١

الـــبــــاب الــثــانـــي

فـــي الـــولايـــــة

ويـنـقـسـم إلي خـمـسـة فـصـول :

الـفـصـل الأول :

في تعريف الولاية وحكمها وحكمة مشروعيتها وأسباب ثبوتها وأنواع الولاية عند الجمهور وعند الحنفية ٠

الـفـصـل الـثـانـي :

في ولاية الإجبار والأوصاف التي تثبت بها وعلي من تثبت ولاية الإجبار ومناط ثبوتها وأدلة الفقهاء في كل ذلك ٠

الـفـصـل الـثـالـث :

في ولاية الندب والاستحباب وولاية الشركة والاختيار ، ومدي جواز وشرعية النكاح بعبارة المرأة عند الجمهور والأحناف وأدلة كل منهم من الكتاب والسنة والقياس والأدلة الشرعية للفقهاء في ذلك ٠

الـفـصـل الـرابـع :

في ترتيب الأولياء وشروطهم ومراتب تزويجهم وحكم عقد زواجهم والأدلة علي كل ذلك ٠

الـفـصـل الـخـامـس :

فـي عــضــل الـولـي وغـيـبـتـه وحـكـم الـوصـي فـي الـزواج ٠

البـــاب الــثـــانـــي

الــولايـــة فـــي عــقــد الــنــكــاح

وينقسم هذا الباب إلي خمسة فصول :

الــفــصــل الأول

تـعريف الـولايـة وحكمها وحكمـة مشروعيتـهـا وأسبـاب ثـبوتـهـا وأنـواعـهـا عنـد الـجـمـهور والـحـنـفيـة

الــمــبــحــث الأول

يهتم بتعريف الولاية في اللغة العربية وفي اصطلاح الفقهاء ثم أوضح حكمها مبينا بعد ذلك حكمة مشروعيتها ثم أسباب ثبوتها :

أولا : تعريف الولاية في اللغة :

الـولـي :

ضد العدو وللولي في اللغة معنيان : المعني الأول : هو الناصر والمعين ٠ والمعني الثاني : هو القائم بأمر الشخص والمتولي لشئونه ٠ (١)

والـولايــة :

بفتح الواو وكسرها معناها في اللغة المحبة والنصرة ، قال الله سبحانه وتعالي { والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض } ٠ (٢)

كما تأتي بمعني السلطة والقدرة ، والولاية بكسر الواو السلطان ، وبفتحها النصرة قال تعالي : { هنالك الولاية لله الحق هو خير ثوابا وخير عقبا } ٠ (٣)

١ـ الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ١٤٨

٢ـ سورة التوبة الآية رقم ٧١

٣ـ سورة الكهف الآية رقم ٤٤

والوالي هو صاحب السلطة ، وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته وولي المرأة هو الذي يلي عقد الزواج عليها ٠ (١)

ثانيا : الـولايـة فـي اصـطـلاح الـفـقـهـاء :

ذكر بعض العلماء أن معني الولاية في اصطلاح الفقهاء هي :

سلطة شرعية تجعل لصاحبها القدرة علي مباشرة وإنشاء العقود والتصر ف ونفاذها ، سواء في حق نفسه أو في حق غيره ٠ (٢)

وهذا يعني أن الولاية تعطي صاحبها القدرة علي إنفاذ التصرف سواء أكان بالنسبة لنفسه أم كان بالنسبة لغيره جبرا عنه أو ندبا واختيار ٠

وسواء أكان ذلك في الشئون العامة كولاية الحكام والقضاة أم في الشئون الخاصة كما هو الشأن في الأب والوصي بالنسبة للصغير مثلا والقيم بالنسبة للمجنون ٠أما الولاية في الشئون الخاصة : من حيث نطاقها فقد تكون علي النفس وقد تكون علي المال وقد تكون علي النفس والمال معا ٠وأما الولاية من حيث نطاقها فهي تنقسم إلي نوعين : فهي إما أن تكون ولاية قاصرة وإما أن تكون ولاية متعدية :أما الولاية القاصرة : فهي ولاية الشخص علي نفسه من حيث إصداره تصرفات معينة وقدرته علي تنفيذها ٠وأما الولاية المتعدية فهي ولاية الشخص علي غيره ٠

ويهمنا هنا في مجال عقد الزواج أن نبحث الولاية علي النفس فقط سواء أكانت للأقارب كالأب ونحوه أم لصاحب سلطة عامة كالقاضي ٠ (٣)

١- مختار الصحاح ص ٧٣٦

٢- الدكتور محمد نبيل سعد الشاذلي أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ص ١٢٨

٣- الدكتور يوسف قاسم حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي ص ١٨٩

حكم الولاية في عقد الزواج

ذهب جمهور الفقهاء :

إلي أن الولي شرط في صحة النكاح فإن عقدت المرأة لم يصح لكن إن حكم بصحته حاكم لا ينقض ولا حد فيه ٠ (١)

ب ـ أما الحنفية فيرون :

أن الولي ليس شرطا في صحة النكاح لصحته بعبارة المرأة البالغة العاقلة ٠ (٢)

حكمة مشروعية الولاية

شرعت الولاية من أجل المحافظة علي الصغار والقصر حتي لا تضيع حقوقهم ثم إنه لا يليق بمحاسن العادات أن تتولي المرأة عقد النكاح لنفسها أو لغيرها لما يجب أن تكون عليه من الحياء ٠

وقد يتوهم البعض أن السلف الصالح عندما قرروا بوجود ولاية الإجبار هذه علي المرأة :أنهم لا يقيمون وزنا لشرط الرضا في الزواج وذلك لما عرف عن فقهاء السلف الصالح من عنايتهم بما عرف بولاية الإجبار التي يملك الولي بمقتضاها أن يزوج من يجهل أمور الزواج لصغر أو فقد عقل بمن يراه كفئا دون إذن من المولي عليه بالزواج ، ويري الفقهاء أن استئذان البكر البالغة العاقلة أمر مستحب لأن من مقاصد الشرع حماية الضعفاء ، وللحماية جانبان جانب إيجاد وجانب عدم : فرعاية جانب الإيجاد تكون بإقامة كل ما يدفع الضعف أو يعين علي التغلب علي آثاره ٠

١و٢ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ـ ص ٣٨٥ وما بعدها ـ كتاب النكاح ـ الفصل الأول في الأولياء ـ وأيضا المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٠٤ وما بعدها كتاب النكاح ـ باب النكاح : إذا حكم بصحة العقد حاكم لم يجز نقضه ـ وأنظر أيضا في كل ماسبق ذكره الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٠٧

وأما رعاية جانب العدم : فيكون باتخاذ الوسائل النافعة لدفع الاختلاف الذي قد يلحق بمصلحة الضعيف ، وانطلاقا من هذا الحس الراقي استأنس الفقهاء بالنصوص الشرعية التي تومئ إلي حق الأولياء في رعاية مصالح الضعفاء والتخير لهم ٠

ومن هنا ولجوا باب - ولاية الإجبار - وتظهر لك هذه الروح عندما تري أن الفقهاء يؤسسون هذه الولاية علي الشفقة ويقصرها جمهورهم علي من تتوسم فيه الشفقة الكاملة وليس مجرد الشفقة فقط ، وقد اختلفوا في الجد ووصي الأب إلا أن يخاف عليها أي الصغيرة الضيعة والفساد ٠

حيث نلاحظ أن جوهر تسويغهم لتزويج الصغيرة هو خوف فوات الكفء وسوغوا نكاح المجنونة بانتفاعها بالمهر والنفقة ونكاح المجنون بأنه قد يفيد في شفائه ٠

إذن عماد النظرة هو : مصلحة الصغير والصغيرة وليس التسلط أو الاستبداد كما هو قد يظهر من مسمي الولاية ٠ (١)

وقد اتفق الفقهاء علي أن علة ولاية الإجبار علي المجنونة والمعتوهة هو ضعف العقل الذي كان سبب العجز عن تولي العقد وإدراك وجه المصلحة المرجوة منه وأما علة الولاية علي الصغار : فقد اتفقوا أيضا علي أن الصغر هو العلة في ولاية الإجبار ، أما الصغيرة : فلا خلاف علي ثبوت الولاية عليها لعلة الصغر إلا الصغيرة الثيب وأن الصغيرة تثبت عليها ولاية الإجبار ما دامت بكرا ٠

واختلفوا في البالغة العاقلة البكر وذلك لأن البكر لا تعرف مصالح النكاح وإدراك التفاوت بين الأزواج وفهم الرجال فكانت البكارة علة الولاية تدور

١- الوسيط في أحكام الأسرة للدكتور أحمد الغزالي ص ٢٢١

معها وجودا وعدما ، وإن زالت البكارة قبل البلوغ زالت الولاية ٠ فإن تزوجت البكر قبل البلوغ ودخل بها ثم فرق بينهما فقد اختلف الفقهاء في ثبوت ولاية الإجبار عليها وذلك علي النحو التالي :

يري الجمهور : أن الصغيرة الثيب تثبت عليها ولاية الإجبار لعلة الصغر ٠

وقال فقهاء الشافعية : لا تثبت عليها ولاية إجبار في هذه الحالة ولا تزوج حتى تبلغ لقوله صلي الله عليه وسلم : { لا تنكح الأيم حتى تستأمر ٠٠ } ٠(١) أي يؤخذ أمرها ولا أمر للصغيرة حتى ولو كانت ثيبا ، فينتظر حتى تبلغ ثم بعد ذلك يزوجها وليها بعد أخذ رأيها صراحة ، وتشترك مع وليها في اختيار زوجها إذ لا يصح تكرار زواجها في الصغر ، لأنه لا حاجة إليه وكانت تلك التجربة لا تدعو إلي التكرار لأنها لم تنجح فتعرف المصلحة فيه ٠

أما الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه وأصحابه : فيرون أن علة الولاية علي الصغيرة هي الصغر :

وذلك تماما مثل الصغير إذ الصغر هو سبب العجز ، والعجز هو الذي وجدت الولاية لسد نقصه وقد كان علة في الولاية علي الصغير فيثبت أيضا علة في الولاية علي الصغيرة ، ولأن الحكم بأن الولاية الإجبارية تستمر علي البكر بعد البلوغ يخالف الآثار الواردة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فقد ورد أن عائشة رضي الله عنها قالت : يا رسول الله : إن البكر تستحي قال : { رضاها صماتها } ٠ (٢)

وإن البلوغ كان سببا في الولاية المالية الكاملة للبالغة الرشيدة علي نفسها فكذلك

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩١١ - ص ٨١٠

٢- رواه البخاري ومسلم (صحيح البخاري ٥١٣٦ وصحيح مسلم ١٤١٩) والحديث من سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - رواية أخري للحديث رقم ٩١١ ص ٨١٠ و ٨١١

تثبت ولايتها في أمر زواجها مشتركة مع وليها أو منفردة بها علي اختلاف بين الفقهاء في ذلك ٠ (١)

أســـبـــاب ثـــبـــوت الـــولايـــة :

ذكر الفقهاء أن الولاية تثبت بأسباب أربعة هي : الملك والقرابة والولاء والإمامة ٠

ولكن بما أننا نعيش في هذا العصر الحديث الذي لم يعد فيه هناك رقيق ولا عبيد وبالتالي فلا مجال للحديث عن ولاية الملك في هذا البحث ٠

ويتفرع عن عدم وجود رقيق في عصرنا هو انتفاء العتاقة أي عتق السيد لعبده والذي بموجبه تكون ولاية الولاء وعليه فلا مجال للحديث عن ولاية الولاء في هذا البحث ٠

وسوف يقتصر حديثي عن أسباب ثبوت الولاية في عصرنا الحاضر علي سببين فقط هما : ولاية القرابة وولاية الإمامة وذلك علي النحو التالي :

أولا : ولاية القرابة :

تثبت ولاية القرابة للأقارب وذلك بحكم قرابتهم النسبية وبغض النظر عن الإرث أو عدمه ٠

ثانيا : ولاية الإمامة :

هي ولاية الإمام أو نائبه : كولاية السلطان والقاضي ، فلكل منهما تزويج عديم الأهلية أو ناقصها بشرط أن لا يكون له ولي من أقارب لأن السلطان ولي من لا ولي له ٠ (٢)

١- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ١٣٧ و ١٣٨

٢- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد محي الدين عبد الحميد ص ٨٢

المبحث الثاني

أنواع الولاية

اختلف الفقهاء في أنواع الولاية في النكاح : فهي عند الأحناف تختلف عنها عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ٠

وفي هذا المبحث سأتناول بمشيئة الله تعالي الحديث عن أنواع الولاية واختلاف آراء الفقهاء فيها من الجمهور والحنفية والفرق بين أنواعها عند كل منهم مسترشدا بالأدلة التي استند إليها كل منهم علي حدة :

وأبدأ بذكر أنواع الولاية عند الحنفية ثم أتحدث عن أنواعها عند الجمهور :

أولا : أنواع الولاية في مذهب الإمام أبو حنيفة (١) :

تنقسم الولاية عند الإمام أبي حنيفة وأصحابه إلي نوعين أذكرهما فيما يلي :

النوع الأول :

هو ولاية الإجبار أو ولاية الحتم والإيجاب :

وذلك مثل الولاية علي الصغير وعلي الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا وكذلك مثل الولاية علي الكبيرة المعتوهة أو المجنونة ويكون العقد في هذه الحالة نافذا والحكمة من ذلك :أن الصغر والجنون علة ولاية الإجبار حيث لا يملك المجنون من أمر نفسه شيئا ولا دراية له بأمور الحياة فما بالنا بأهم هذه الأمور وهو الزواج ، فلذلك لم يجعل الشارع لهم أمرا أو نهيا في هذا العقد الجليل الذي يتطلب التبصر وحسن الاختيار ٠

١- هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت رضي الله عنه الفقيه العالم العامل الكوفي إمام أهل الرأي ومؤسس المذهب الحنفي وإمامه ولد سنة ٨٠ هجرية بالكوفة وتوفي ببغداد سنة ١٥٠ هجرية مناقبه وفضائله كثيرة جدا{ وفيات الأعيان لابن خلكان ج ٥ ص ٣٩}

فولاية الإجبار إذن هي : نفاذ قول الولي علي الغير شاء أم أبي ٠ وبعبارة أخري يمكن القول أنها :الولاية التي تجعل العقد نافذا من غير حاجة إلي إذن أو رضا من المولي عليه ٠ (١)

النوع الثاني :

ولاية الندب والاستحباب :

وهي الولاية علي البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا ٠فمثل هذه المرأة لا يجبرها وليها علي الزواج بمن لا ترضي به بل لها أن تختار زوجها وتتولي العقد بنفسها ويكون العقد صحيحا نافذا بدون رضا الولي وإجازته ٠

ثانيا : أنواع الولاية عند جمهور الفقهاء :

أما أنواع الولاية عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فتنقسم أيضا إلي نوعين أذكرها بشئ من التفصيل علي النحو التالي :

النوع الأول : ولاية إجبار أيضا :

وهم بذلك يتفقون مع الحنفية في هذا النوع من الولاية وهو ولاية الإجبار وإن اختلفوا في علة ثبوتها ، فعند الحنفية الصغر والجنون ، وعند الشافعية الصغر والبكارة والجنون مطلقا وعند المالكية والحنابلة الصغر أو البكارة فأحدهما موجب لولاية الإجبار وكذا الجنون مطلقا ٠

النوع الثاني :

ولاية شركة واختيار :

فعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لا ينفرد الولي بالعقد ولكن تكون له ولاية شركة واختيار وذلك بأن تأذن له المرأة وترضي بالزوج والمهر

١ـ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٠٨

فهي بهذا قد أصبحت الولاية ولاية شركة واختيار بينهما ، بمعني أنه إذا تلاقت إرادة المرأة مع وليها علي الزوج والمهر باشر العقد الولي ولا يكون لها أن تباشر العقد بنفسها ٠

وأيضا فإن الولي لا يستطيع أن يجبر المرأة التي تحت ولايته علي الزواج بمن لا ترضاه في ولاية الشركة والاختيار وتثبت هذه الولاية علي الكبيرة الثيب ٠

والفرق بين ولاية الندب والاستحباب التي يقول بها الحنفية وبين ولاية الشركة والاختيار التي يقول بها جمهور الفقهاء :

أ - **أن الولي عند الحنفية** : ليس شرطا في صحة النكاح لصحته بعبارة المرأة إذا كانت المرأة بالغة عاقلة ٠

لكن يندب لها أن تجعل أمر مباشرة العقد لوليها لأنها إن عقدت احتاجت إلي الخروج إلي محافل الرجال ، والمرأة مخدرة مستورة والخروج إلي محافل الرجال من النساء عيب في العادة ٠ (١)

ب - **أما عند الجمهور** : فالولي شرط في صحة النكاح لكن لا ينفرد بالعقد في ولاية الشركة والاختيار بل يشترط أن تأذن له المرأة وترضي بالزوج والمهر ٠ ومن هنا كانت شركة واختيار بيهما ، فإذا ما اتفقت المرأة مع وليها علي الزوج والمهر باشره الولي ولا يصح أن تباشر العقد بنفسها ولا عن غيرها٠(٢)

ومن الجدير بالذكر بعد أن بينت آراء فقهاء المذهب الحنفي بالنسبة لأنواع الولاية وأسباب ثبوتها فمن الأفضل أن أشير إلي أنواع الولاية عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأسباب ثبوتها بإيجاز حتى يستبين لنا معني الولاية كاملا :

١- بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٤٢

٢- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٠٩

أولا : عند المالكية :

فأنواع الولاية عند الإمام مالك (١) وأصحابه تنقسم إلي قسمين خاصة وعامة

فالولاية الخاصة :

هي التي تثبت لأشخاص معينين ، وذلك مثل الأب ووصيه والسلطان ويقول المالكية أيضا :من الولاية الخاصة : أن يكفل شخص امرأة فقدت أهلها أو غاب عنها أولياؤها فيقوم بتربيتها فيكون له عليها ولاية التزويج بشرط أن تمكث عنده مدة توجب حنانه وشفقته عليها ليعمل لمصلحتها ٠

وأما الولاية العامة عند المالكية :

فهي تثبت لكل مسلم بشرط أن لا يوجد للمرأة أب أو وصي الأب ٠

ثانيا : عند الشافعية :

وأما الشافعي (٢) رحمه الله فالولاية تنقسم عنده أيضا إلي نوعين :

ولاية إجبار وولاية اختيار ٠

فولاية الإجبار :

تثبت للأب وللجد عند عدمه وقد تزوجت السيدة عائشة رضي الله عنها من

١- هو الإمام مالك بن أنس الأصبحي إمام أهل السنة ومؤسس المذهب المالكي كان صلبا في دينه بعيدا عن الأمراء والملوك -وجه إليه الرشيد العباسي ليأتيه ليحدثه فقال : العلم يؤتي إليه فحضر إليه الرشيد في منزله - ولد رحمه الله سنة ٩٣ هجرية بالمدينة المنورة وتوفي بها سنة ١٧٩ هجرية - انتشر مذهبه في الحجاز ثم في سائر الأمصار - مناقبه عديدة ومن أشهر مؤلفاته كتاب الموطأ ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٦ ص ١٢٨ }

٢- هو الإمام محمد بن إدريس بن شافع القرشي مؤسس المذهب الشافعي إليه ترجع نسبة الشافعية كافة ولد بغزة بفلسطين ثم قصد مصر سنة ١٩٩ هـ فتوفي بها قال عنه ابن حنبل ماأحد ممن بيده محبرة أو ورقة إلا وللشافعي في رقبته منة ، وأفتي وهو ابن عشرين سنة وأشهر مصنفاته : الأم والرسالة { أنظر : ترجمة الأعلام للزركلي ج ٦ ص ٢٤١ }

رسول الله صلي الله عليه وسلم وهي ابنة ست سنين ودخل بها وهي ابنة تسع ٠

فعن عائشة رضي الله عنها : { أن النبي صلي الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ٠٠٠ } ٠ (١)

ومعلوم أنه لم يكن بإذنها حكم في تلك الحال فعلم أن أباها زوجها بغير إذنها فيجوز للأب والجد إجبارها علي النكاح لأن الجد كالأب عند فقده ولأن له ولادة وتعصيبا ٠

وأما ولاية الاختيار عند الشافعية :

فتكون للعصبات وذلك في تزويج المرأة الثيب البالغة ، ولا يملك الأب والجد أيضا ولاية الإجبار بالنسبة لهذه المرأة وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : {الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها } ٠ (٢)

وذلك لأن البكر تستحي ، وأما الثيب التي ذهبت بكارتها بالوطء فليس لأحد تزويجها إلا بإذنها وإذنها بالنطق ، أما إذن البكر فيحصل بصماتها ٠

وأما التي ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان :

الوجه الأول : أنها كالموطوءة وذلك لعموم الخبر ٠

والوجه الثاني : وهو المذهب ذلك لأنها تزوج تزويج الأبكار وذلك لأن الثيب إنما أعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغيره وإن زالت به البكارة ٠ (٣)

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٦١ - ج ٦ - ص ١٤١

٢- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٦٢ - ج ٦ - ص ١٤١

٣- تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٦ ص ١٦٦و مغني المحتاج ج ٢ ص ١٤٧ : ١٥٠

ثالثا : عند الحنابلة :

أما الإمـام أحـمـد بن حـنـبـل (١) وفقهاء الحنابلة :

فتثبت عندهم ولاية الإجبار للأب ووصيه ثم الحاكم ولا تثبت للجد وسائر الأولياء بالنسبة لتزويج الصغيرة ، فأما ولاية الاختيار فتثبت لسائر الأولياء عند تزويج المكلفة البالغة العاقلة ثيبا كانت أو بكرا بإذنها وإذن الثيب كلامها وإذن البكر سكوتها أو صماتها ، وإذن الثيب المعتبر كلامها ونطقها فيه هي الموطوءة في القبل ٠ (٢)

ويقول ابن قدامه في المغني حول هذه المسألة :

أنه لا فرق بين الثيوبة بوطء مباح أو محرم ثم يقول : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : {الثيب تعرب عن نفسها }ولأن قوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت ، يدل علي أنه لابد من نطق الثيب لأنه قسم النساء قسمين : فجعل السكوت إذن لإحداهما فوجب أن تكون الأخري بخلافه ، وهذه ثيب فإن الثيب : هي الموطوءة في القبل ٠٠٠ ولأنها موطوءة في القبل أشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء لا يصح فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ٠

١- هو الإمام الجليل أحمد بن محمد بن حنبل إمام ومؤسس المذهب الحنبلي : أصله من مرو - وكان أبوه والي سرخس - وولد ببغداد وعاش بها حتى وفاته سنة ٢٤١ هجرية - ولذلك فإن المذهب الحنبلي قد نشأ ببغداد وظهر أول ما ظهر فيها ثم انتشر منها إلي سائر مدن العراق وبعض بلاد ما وراء النهر -نشأ منكبا علي طلب العلم وسافر في سبيله أسفارا كثيرة إلي الكوفة والبصرة ومكة والمدينة وغيرها وله تصانيف كثيرة أشهرها مصنفه القيم المسند ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ١ ص ١٩٢ }

٢- شرح منتهي الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ١٤ وما يليها

ثم هذا التعليل يفضي إلي إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة وعلي هذا ليس لأبيها إجبارها إذا كانت بالغة عاقلة ٠

وأما إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء كالوثبة أو شدة حيضة أو إصبع أو عود : فحكمها حكم الأبكار ذكره ابن حامد بأنها لم يجر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ، وكذلك لو وطئت في الدبر لأنها غير موطوءة في القبل ٠ (١)

١- المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج ٧ ص ٤٦٩ و ٤٧٠

الفصل الثاني

ولاية الإجبار والأوصاف التي تثبت بها ومناط ثبوتها وعلي من تثبت وأدلة الفقهاء في كل ذلك

المبحث الأول

ولاية الإجبار

معني ولاية الإجبار : هو أن ولي المرأة يكون له الحق في إجبارها علي الزواج والمرأة في هذا المجال نوعان :

النوع الأول هو : الثيب وهي التي سبق لها الزواج ، والنوع الثاني هو : البكر وهي التي لم تتزوج بعد ٠

أما الثيب الكبيرة : فلا إجبار عليها مطلقا وذلك بإجماع الفقهاء ٠

وأما الثيب الصغيرة :

فيجبرها وليها عند جمهور الفقهاء خلافا للشافعية ٠

وأما البكر :

فقد اختلفت الآراء بشأنها : فمن قائل : بأن الولي يجبرها علي الزواج ومن قائل : بأن الأصل رضاؤها ويباشر وليها عقد زواجها وذلك بشرط رضاها بالزوج ٠ (١) وذلك علي التفصيل اللاحق :

ولكن أود في البداية أن أوضح الأوصاف التي تثبت بها ولاية الإجبار ٠

١ـ الدكتور يوسف قاسم المرجع السابق ص ١٩٧ وما بعدها

الأوصاف التي تثبت بها ولاية الإجبار

تثبت ولاية الإجبار بواحدة من هذه الأوصاف الثلاثة :

١- الصغر :

وذلك في الصبي المميز وغير المميز والصغيرة البكر إجماعا وقد اختلف الفقهاء في الثيب الصغيرة :

فيري جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة :أنها تثبت عليها ولاية الإجبار .

ويري الشافعية : أن ولاية الإجبار تثبت عندهم علي البكر الكبيرة ، ولا تثبت ولاية الإجبار عندهم علي الثيب الصغيرة لأن المناط في ثبوت هذه الولاية عندهم أي عند الجمهور هي البكارة . (١)

٢- الجنون :

تثبتهذه الولاية علي المجنون والمجنونة سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ كل منهما مجنونا ، أو طارئا بأن طرأ علي كل منهما الجنون بعد البلوغ .

٣- العته :

تثبت هذه الولاية علي المعتوه والمعتوهة : وذلك سواء كان أصليا أو طارئا ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك .

ووجه ثبوت ولاية الإجبار علي هؤلاء : هو عدم قدرتهم علي مباشرة أمور حياتهم ومراعاة شئونهم وبالتالي وجود المصلحة التي تستدعي وجوب الولاية عليهم وذلك : إما تحقيقا لمصلحة تخصهم أو : دفعا لمفسدة قد تضرهم ذلك لأنهم بطبيعة الحال لا يدركون أوجه صلاح الأمور من فسادها .

١- تكملة المجموع شرح المهذب ج ٢ ص ٤٧ و ٤٨

من تثبت لهم ولاية الإجبار ؟

تثبت ولاية الإجبار لأشخاص تربطهم بالمولي عليه علاقة معينة ويشترط في هؤلاء الأشخاص أن يكونوا علي صفات معينة سأحددها لاحقا ٠

وتثبت ولاية الإجبار عند الحنفية : للأقارب من العصبات بحسب قوة قرابتهم علي حسب ترتيبهم في الإرث ، فيتم المفاضلة بينهم علي أساس الجهة أولا : فتقدم البنوة علي الأبوة والأبوة علي الأخوة والأخوة علي العمومة ، ثم إن اتحدت الجهة : فعلي أساس قرب الدرجة إلي المولي عليه : فالابن يقدم علي ابن الابن والأخ يقدم علي ابن الأخ وهكذا ٠٠٠

وإذا اتحدت الجهة والدرجة : فعلي أساس قوة القرابة بالمولي عليه : فيقدم مثلا الأخ الشقيق علي الأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق علي ابن الأخ لأب وهكذا وإذا تساوي الأولياء في كل ما تقدم كأخوين شقيقين أو نحو ذلك كان لكل منهما ولاية التزويج متي استوفي شروط الولاية ، ولذلك يكون عقده إذا قام صحيحا نافذا وليس من الأولياء أن يعترض عليه لأن الولاية حق لا يتجزء وهو يثبت لكل منهم تماما ٠

وسأحاول فيما يلي بيان آراء الفقهاء المختلفة وأدلتهم حول هذه المسألة :

آراء الفقهاء في اعتبار الولاية الإجبارية للأب والجد ولكل العصبات :

ذكر المالكية والحنابلة :أنها تثبت للأب ثم وصيه فقط ، وقال الشافعية : أنها تثبت للأب والجد فقط ، وقال الحنفية : أنها تثبت لكل العصبات وترتيبهم كترتيبهم في الميراث بأن تقدم جهة البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة ثم أقرب العصبات علي ترتيب الميراث لأن الولاية مبناها علي النظر والشفقة ومظنة ذلك القرابة ٠ (١)

١- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢١٩

هذا وقد استدل كل فريق علي رأيه بأدلة أوجزها فيما يلي :

أولا : رأي الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية :

إن ولاية الإجبار عند مالك وأحمد بن حنبل : تثبت للأب أو وصيه بالتزويج غير أن أحمد يشترط في ولاية الوصي بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج أما الشافعي : فقد أثبت للأب والجد لأن الجد أب عند فقد الأب وهو كله في الصغير والصغيرة ، وأما في المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلي النكاح بدليل : مثل أن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلا أنها تشفي من علتها إذا تزوجت أو يكون المجنون يدور وراء النساء ويقول طبيب عادل أن الزواج دواء له ، وحجة هؤلاء الأئمة في قصرهم الولاية الإجبارية علي الأب أو الجد : هي أن الولاية الإجبارية لا تثبت إلا لحاجة المولي عليه ، وهؤلاء ليسوا في حاجة إلي الزواج وعند ثبوت الحاجة في المجانين وغيرهم تثبت ولكن لأن الأب وافر الشفقة يعرف مصلحة أولاده فتثبت له الولاية لكمال شفقته ، والآثار الواردة في زواج الصغار كانت ولاية الزواج للأب والجد كالأب في كثير من الأحكام لذا نري أن الشافعي ألحقه به ،

ثانيا : رأي الحنفية :

وأما الحنفية فيرون أن الولاية الإجبارية تثبت لكل العصبات ، واستدلوا علي رأيهم هذا بأدلة من القرآن الكريم والسنة والقياس وذلك علي التفصيل الآتي :

أ - القرآن الكريم والسنة :

قول الحق سبحانه وتعالي : { ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلي عليكم في الكتاب في يتامي النساء اللاتي تؤتوهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن } ، (١)

---

١ - سورة النساء آية رقم ١٢٧

فقد ذكرت عائشة رضي الله عنها أنها نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها ويرغب في نكاحها ولا يقسط لها في صداقها ٠

فهذا يدل علي أن اليتيمة أي الصغيرة التي مات أبوها قد يرغب وليها في نكاحها ولا يعطيها مهر مثلها ، والولي الذي يتزوجها لابد أن يكون غير الأب والجد والعم بأن يكون ابن العم مثلا ٠

فهذا يدل علي أن العصبات جميعا لهم ولاية التزويج الأقرب فالأقرب ٠٠إلخ واللوم في هذه الآية في أنهم يتزوجون ممن يكونون في ولايتهم من غير أن يعطوهن مهر المثل ٠

ولقد زوج النبي صلي الله عليه وسلم بنت عمه حمزة بن عبد المطلب من بن أبي سلمة وهما صغيران وجعل لها الخيار عند البلوغ ٠

ويقول في هذا المقام السرخسي (١) في مبسوطه :

والآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم ٠

ب ـ أما القياس :

فهو أن العصبات يثبت لهم في شأن زواج البالغة بعد بلوغها ويختلف ذلك السلطان باختلاف آراءهم مع اتفاقهم علي أصله ، فجمهور الفقهاء يجعل للولي العاصب حق مشاركتها في اختيار الزوج ويتولي هو الصيغة ٠

١ـ هو الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن سهل السرخسي فقيه حنفي من أهل سرخس انتقل إلي خوزستان وولي قضاء البصرة مرتين له مصنفات كثيرة من أشهرها المبسوط للسرخسي وتوفي رحمه الله سنة ٤٣٩ هجرية ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٤ ص ١٠٢ }

أما الإمام أبو حنيفة : فيجعل للولي الحق في الاعتراض إن لم يكن الزوج كفئا بل يكون الزواج شيئاً لازماً ، ويجوز التقدم للقاضي بفسخه وهذا نوع ولاية وإذا كان للعصبات عموما نوع ولاية بعد البلوغ فلهم ولاية قبله •

لأن البلوغ وبه كمال العقل والتقدير : من شأنه أن يمحو الولاية لا أن يثبتها ، فإذا ثبتت بعده فمعني ذلك أنها كانت ثابتة قبله •

وهي بعد البلوغ تكون مشتركة وقبله تكون إجبارية إذ القاصر أهلا للمشاركة في ذلك وكون غير الأب والجد شفقتهم أقل من الأب والجد لا يقتضي محو الولاية ، ولكن يقتضي أن تكون ولايتهم دونهما وكذلك كان فإن قوة الولاية لغيرهما دون قوة ولايتهما • (١)

وذلك علي نحو ما هو موضح في بيان أسس ترجيح جهات القرابة •

ماذا إذا لم يكن لمن يراد تزويجها أقارب من العصبات ؟؟

يثور تساؤل في غاية الأهمية وأحب أن أتناوله بشيء من التفصيل في هذا البحث ألا وهو : ما هو الموقف الشرعي إذا لم يكن للمولي عليها المراد تزويجها قريب من العصبات ؟

بعض الفقهاء قالوا : تنتقل الولاية إلي السلطان إذا لم يكن للمولي عليها عصبة والبعض الآخر قال : بانتقالها إلي ذوي الأرحام في حالة عدم وجود قريب عاصب •

وسأتناول هذه الآراء علي اختلافها تفصيلا فيما يلي مع بيان الرأي الراجح في ثنايا هذا الإيضاح :

١- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ١٣٩

أولا : رأي الحنفية :

يري الإمام أبو حنيفة :أنه تنتقل الولاية إلي غيرهم من سائر أصحاب الفروض وذوي الأرحام ٠

وقال الصاحبان (١) :

لا تكون هذه الولاية إلا للعصبات فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : {الإنكاح إلي العصبات } ٠

ورأي الإمام أبي حنيفة هو الذي يجري عليه العمل في المحاكم الآن وإذا لم يوجد أحد من العصبات أومن غيرهم من سائر الأقارب كما يري الإمام أبو حنيفة علي النحو السالف ذكره فالولاية تنتقل إلي الإمام والحاكم لقوله صلي الله عليه وسلم : { ٠٠٠ السلطان ولي من لا ولي له } ٠ (٢)

وقد نصت المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية علي أن :

[تزويج من لا ولي له من الأيتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة كل في دائرة اختصاصه ولا تكون ولاية التزويج في هذه الحالة لوصي الأب] ٠

١- الصاحبان هما الإمامان الجليلان أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ومحمد بن الحسن الشيباني وهما تلاميذ وأصحاب الإمام أبو حنيفة النعمان رضي الله عنه وقد حمل هذان الصاحبين الجليلين لواء المذهب الحنفي ، ولهما فيه آراء ومؤلفات ومصنفات كثيرة وعظيمة الفائدة غير أن أشهرهما هو الإمام أبو يوسف حيث أنه تولي القضاء في بغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين هم المهدي وابنه الهادي ثم هارون الرشيد وكان الرشيد يكرمه ويجله وكان عنده حظيا مكينا وهو أول من دعي قاضي القضاة وكان فقيها عالما حافظا ولد سنة ١١٣ هجرية وتوفي رحمه الله سنة ١٨٢ هجرية { وفيات الأعيان لابن خلكان ج ٥ ص ٤٢١ وما بعدها }

٢- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٩١٠ - ص ٨٠٩ من حديث السيدة عائشة رضي الله عنها ٠

ثانيا : رأي المالكية :

تثبت ولاية الإجبار للأب علي صغاره ولو كان الزواج بدون مهر المثل أو بدون كفء وذلك لوفور شفقة الأب شرعا فهو أقدر علي معرفة مصالح صغاره من غيره ٠

وتنتقل الولاية إلي وكيل الأب في حالة الحياة أو إلي وصيه بعد الموت ٠ والمالكية يستأنسون لمذهبهم هذابأن النبي صلي الله عليه وسلم قال : { والبكر يستأذنها أبوها } ، فقصر الاستئذان علي الأب وبأن وصي الأب نائبه فكما جاز له التوكيل في حال حياته فكذلك يجوز لنائبه بعد وفاته ٠ (١)

ثالثا : رأي الشافعية :

تثبت ولاية الإجبار عند الشافعية : للأب والجد وإن علا لأنه يقوم مقام الأب في وفرة الشفقة ورعاية المصلحة ، والشافعية يقررون :ثبوت ولاية الجبر للأب والجد علي البكر البالغة العاقلة فقط ، أما الثيب غير البالغة : فلا تجبر عندهم لأن علة الجبر عندهم هي البكارة لعدم خبرة البكر بالزواج ومعرفتها بالرجال فلا تقدر علي اختيار الرجل المناسب ٠ (٢)

رابعا : رأي الحنابلة :

قال الحنابلة بمثل ما قال المالكية : فتثبت ولاية الإجبار عندهم للأب ثم وصيه بعد موته ، ثم الحاكم لأنه ولي من لا ولي له ، وقد زوج علي بن أبي طالب رضي الله عنه ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهم جميعا ٠

وقال ابن قدامه في المغني :

وليس هذا لغير الأب ثم قال : يعني ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج

١- مغني المحتاج إلي شرح المنهاج- ج ٣ - ص ١٤٩

٢- الأم للشافعي - ج ٥ - ص ١٥

صغيرة جدا كان أو غيره ثم استدل بحديث قال فيه : ولنا قول رسول الله صلي الله عليه وسلم : { تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها } ٠ (١)

وفي رواية عن أبي موسي أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : { تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فقد أذنت وإن أبت لم تكره } ٠ (٢)

وروي عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال : { ٠٠٠٠هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها } ٠ (٣)

واليتيمة :الصغيرة التي مات أبوها ولأن غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي ٠ (٤)

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٦٧ - ج ٦ - ص ١٤٢

٢- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٦٦ - ج ٦ - ص ١٤٢

٣- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٦٩ - ج ٦ - ص ١٤٢ و ص ١٤٣

٤- المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٤٧ و ٤٤٨

المبحث الثاني

مناط ثبوت ولاية الإجبار

ذهب أبو حنفية : إلي جواز أن تزوج البالغة العاقلة نفسها وابنتها الصغيرة وتتوكل عن غيرها في ذلك ، ولكن إن وضعت نفسها عند غير كفء فيكون لأوليائها حق طلب الفسخ من القاضي ٠

وخالفه الجمهور في ذلك : إذ أنهم يقولون بجواز الجبر علي الفتاة البكر البالغة وهم بذلك متنازعون في مناط الإجبار هل هو البكارة ؟ أم الصغر ؟ أم كل منهما ؟ وعلي ذلك ينبغي لنا أن نبحث في مناط ثبوت ولاية الإجبار عند كل من الأحناف وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وذلك فيما يلي :

أولا : مناط ثبوت ولاية الإجبار عند الحنفية :

مناط ثبوت ولاية الإجبار عند الحنفية هو الصغر : وما في معناه من الجنون والعته وذلك لما يصاحب هذه الأوصاف من فقدان الأهلية أو نقصانها ٠

وليس للبكارة أو الثيوبة علاقة بذلك عند الأحناف إذ ولاية الإجبار تدور عندهم حول الصغر وجودا وعدما ٠

وإنما تثبت الولاية الإجبارية مع هذه الأوصاف الثلاثة عند الحنفية لأن المولي عليه لا يدرك وجه المصلحة في العقد المراد الارتباط به ٠

وذلك إما لآفة ألمت به حالت بينه وبين الإدراك أو جعلت إدراكه مشوشا معيبا ، وإما لعدم اكتمال عقله وقلة وعيه بحقائق الأمور ٠

وعلي ذلك فلا تثبت الولاية الإجبارية علي البكر البالغة العاقلة عند الأحناف لأنها مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية إجبار ٠

وفي سنن أبي داود عن ابن عباس رضي الله عنهما : {أن جارية بكرا أتت النبي صلي الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلي الله عليه وسلم } ٠ (١)

وفي هذا يقول بن القيم (٢) رحمه الله :

فقد توافق أمره صلي الله عليه وسلم وخبره ونهيه علي أن البكر لا تزوج إلا بإذنها ومثل هذا يقرب من القطع ويبعد كل البعد حمله علي الاستحباب ، قال صلي الله عليه وسلم : {لا تنكح البكر إلا بإذنها } ، وهذا صريح في المنع فحمله علي الاستحباب بعيد جدا قال بن القيم : {والبكر يستأمرها أبوها }هذا خبر في معني الأمر أو خبر محض ويكون خبرا عن حكم الشارع لا خبرا عن الواقع ٠ (٣)

وروي النسائي من حديث عكرمة عن ابن عباس قال : {أنكح رجل من بني المنذر ابنته وهي كارهة فأتي النبي صلي الله عليه وسلم فرد نكاحها } ٠

وروي أيضاعن السيدة عائشة رضي الله عنها : {أن فتاة دخلت عليها فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة ، قالت :اجلسي حتي يأتي النبي صلي الله عليه وسلم ، فجاء النبي صلي الله عليه وسلم ، فأخبرته

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩١٥ - ص ٨١٥

٢- هو الإمام شمس أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي الحنبلي الشهير بابن القيم الجوزي من أركان الإصلاح الإسلامي وأحد كبار العلماء مولده ووفاته بدمشق تتلمذ لشيخ الإسلام بن تيمية حتى كان لا يخرج عن شئ من أقواله بل ينتصر له في جميع ما يصدر عنه وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه ولد سنة ٦٩١ هجرية من أشهر مصنفاته : مدارج السالكين وإعلام الموقعين وزاد المعاد في هدي العباد وتوفي رحمه الله سنة ٧٥١ هجرية ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٦ ص ٢٨٠ }

٣- تهذيب السنن للإمام ابن القيم الجوزى مع مختصر سنن أبي داود ج ٣ ص ٤٠

فأرسل إلي أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها فقالت : يا رسول الله قد اخترت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أنه ليس للآباء من الأمر شئ } ٠ (١)

قال بن القيم :وحمل هذه القضايا وأشباهها علي الثيب دون البكر خلاف مقتضاها لأن النبي صلي الله عليه وسلم لم يسأل عن ذلك ولا استفصل ولو كان الحكم يختلف بذلك لاستفصل وسأل عنه ٠ (٢)

ثانيا : مناط ثبوت ولاية الإجبار عند الجمهور :

قال الجمهور :

تدور الولاية الإجبارية مع البكارة أو الصغر وجودا وعدما :

ولذلك تثبت هذه الولاية علي البكر ولو كانت كبيرة ولكن يستحب استئذان البكر إذا كانت كبيرة وإذنها صماتها كما جاء بذلك الحديث ٠

ولأنها تستحي أن تأذن بالنطق فإن لم يستأذنها الولي جاز العقد مع الإجبار لأن النبي صلي الله عليه وسلم قال : {الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها سكوتها } ٠ (٣) فقصد بذلك التفرقة بينهما ولو كان استئذان البكر واجبا لما كان بينها وبين الثيب فرق ٠ (٤)

وأما المرأة الثيب التي زالت بكارتها بالوطء في نكاح أو ملك أو شبهة فلا يجوز إجبارها علي النكاح إذا كانت كبيرة بالغة وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم {ليس للولي مع الثيب أمر } ٠ (٥) فلا يصح نكاحها إلا بإذنها وهذا مجمع عليه بين الفقهاء جميعا ٠

١- الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨١٦

٢- أنظر في معني ذلك تفصيلا زاد المعاد لابن القيم الجوزية ج ٤ ص ٤٣ وما بعدها

٣- الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨١٢

٤- تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٦ ص ٢١٦٨

٥- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - رواية أخري للحديث رقم ٩١٢ - ص ٨١٢

وإنما إذنها بالنطق إذا كانت قادرة عليه لأنها لا تستحي كالبكر ولأنه صلي الله عليه وسلم جعل إذن البكر الصمت فيدل ذلك علي أن إذن الثيب بالنطق فإذا كانت خرساء وأشارت إشارة مفهمة للإذن بنكاحها صح تزويجها ٠

أما إذا كانت الثيب صغيرة فينتظر إلي أن تبلغ وتأذن وليس لأحد تزويجها قبل ذلك وهو مذهب الشافعية ، وقال الجمهور : تثبت ولاية الإجبار علي الصغيرة مطلقا بكرا كانت أو ثيبا ٠ (١)

وأما التي زالت بكارتها بالزني : فبعض الفقهاء يعطيها حكم الثيب ، ومن هؤلاء الفقهاء : **الإمام النووي رحمه الله** (٢) **حيث يقول** :

" ٠٠٠وأما الثيب فلابد فيها من النطق بلا خلاف سواء كان الولي أبا أو غيره لأنه زال كمال حيائها بممارسة الرجال ، وسواء زالت بكارتها بنكاح صحيح أو فاسد أو بوطء شبهة أو بزنا " ٠ (٣)

وتفسير ذلك : أنه إذا كانت تلك المرأة لم تستح من مباضعة الرجال علي الزني والإقدام عليه لم تستح من النطق بالإذن في النكاح من باب أولي ٠

ولأنها سليمة أي غير مجنونة وذهبت بكارتها بالجماع فكما لو ذهبت بالنكاح ٠ أيضا لأن الفتاة التي مارست الزنا وتكشفت علي أجساد وعورات الرجال برضاها وتكشفوا هم علي عوراتها وجسدها فأي حياء باق عند من رضيت بالزنا ؟ !! ٠

١- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج٢ ص ٢٢٣

٢- هو الإمام الحافظ شيخ الإسلام ومحي سنة سيد الأنام صلي الله عليه وسلم محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف النووي ولد سنة ٦٣١ هجرية بقرية نوي جنوب سوريا له مصنفات كثيرة في علوم الفقه والحديث أشهرها شرح النووي علي صحيح مسلم وتوفي في شهر رجب سنة ٦٧٦ هجرية ودفن في قريته نوي ٠

٣- شرح صحيح النووي لصحيح مسلم ج ٥ ص ٢٢١

وهل تقدم علي هذه الفعلة من تمتلك ذرة من حياء ؟ وعليه فحكمها حكم من زالت بكارتها بوطء حلال ؟ إن هذه لا يصح وضعها بجوار فتاة بكر حافظت علي شرفها وعرضها من أن يدنس بسوء ٠ (١)

أما إذا زالت البكارة بوثبة أو تعنيس (كبر السن بدون زواج) فقيل : تكون كالموطوءة بنكاح لأنها ثيب ٠

وقيل : تكون كالأبكار في الإذن وهو صحيح لأن الثيب إنما أعتبر إذنها بالنطق لذهاب الحياء بالوطء ومثل الوثبة والتعنيس وإن كانا مما يزيل البكارة إلا أنه لا يذهب بالحياء ، وكذلك إذا خلقت المرأة لا بكارة لها فهي كالبكر ٠ (٢)

إجبار البكر علي النكاح

هل يجوز للأب أن يجبر ابنته البالغة البكر علي النكاح رغما عنها ؟

إجبار الأب لابنته البالغة علي النكاح ، فيه قولان مشهوران :

أحدهما :أنه يجبر البكر البالغ كما هو مذهب مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وهم جمهور الفقهاء ٠

والثاني : لا يجبرها ، كمذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله وغيره ٠

والناس متنازعون في مناط الإجبار : هل هو البكارة ؟ أو الصغر ؟ أو كل منهما ؟ علي أربعة أقوال في مذهب أحمد وغيره ٠

والصحيح أن مناط الإجبار هو الصغر ، وأن البكر البالغ لا يجبرها أحد علي النكاح فإنه قد ثبت في الحديث الصحيح عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه

١- الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي : المرجع السابق ص ١٥٩

٢- الدكتور وهبة الزحيلي المرجع السابق ج ٧ ص ٢١١

قال : { ... ولا تنكح البكر حتي تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال أن تسكت } . (١) فهذا نهي النبي صلي الله عليه وسلم : لا تنكح حتي تستأذن وهذا يتناول الأب وغيره وأن الأب نفسه يستأذنها .

وأيضا فإن الأب ليس له أن يتصرف في مالها إذا كانت رشيدة إلا بإذنها وبضعها أعظم من مالها فكيف يجوز أن يتصرف في بضعها مع كراهيتها ورشدها ؟؟ وأيضا فإن الصغر سبب الحجر بالنص والإجماع .

وأما جعل البكارة موجبة للجبر : فهذا مخالف لأصول الإسلام ، فإن الشارع لم يجعل البكارة سببا للجبر في موضع من المواضع المجمع عليها .

فتعليل الجبر بذلك تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع بمعني أن الشرع لم يُعَوِل علي وصف البكارة . أو يجعل له تأثير في الأحكام .

وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح فهذا مخالف للأصول والعقول والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها علي بيع أو إجارة إلا بإذنها ولا طعام أو شراب أو لباس لا تريده فكيف يكرهها علي مباضعة من تكره مباضعته ، ومعاشرة من تكره معاشرته ؟؟ والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة ، فإذا كان لا يحصل إلا بغضها له ونفورها عنه ، فأي مودة ورحمة في ذلك ؟؟ . (٢)

هل يجوز تزويج اليتيمة جبرا عنها ؟

لا يجوز إجبار اليتيمة علي الزواج كرها عنها بكرا كانت أو ثيبا وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم في حديث أبي موسي : {تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فقد أذنت وإن أبت لم تكره } . (٣) وقال صلي الله عليه وسلم :

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩١١ - ص ٨١٠ و ٨١١

٢- فتاوي النساء لابن تيميه ص ١٧٦ وما بعدها

٣- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٦٦ - ج ٦ - ص ١٤٢

{ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر } ٠(١) وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال :قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : {تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها } ٠ (٢)

ويؤيد هذه الأحاديث الدالة علي عدم جواز إجبار اليتيمة علي الزواج كرها عنها ما رواه عبد الله بن عمر حيث قال :

توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص ، وأوصي إلي أخيه قدامه بن مظعون قال عبد الله : وهما خالاي فخطبت إلي قدامه بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبة يعني إلي أمها فأرغبها في المال فحطت إليه وحطت الجارية إلي هوي أمها ، فأبتا (يعني :أبتا أن يتزوجها عبد الله) حتى ارتفع أمرها إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فقال قدامه بن مظعون :يا رسول الله : ابنة أخي أوصي بها إلي فزوجتها ابن عمتها ، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة وإنما حطت إلي هوي أمها ، قال : فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : {هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها }قال :فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة ٠ (٣)

وهو دليل علي أن اليتيمة لا يجبرها وصي ولا غيره ٠ (٤)

١- رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان

٢- رواه الخمسة إلا ابن ماجه (قال أبو داود حديث حسن ٢٠٩٣ والترمذي ١١٠٩ والنسائي ٦/ ٨٧ وأحمد ٢/ ٢٥٩)

٣- رواه أحمد والدارقطني (صحيح أحمد ١٣٠ والدارقطني ٣/ ٢٣٠)

٤- نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٤٢ وما بعدها

الـفـصـل الـثـالـث

ولاية الندب والاستحباب وولاية الشركة والاختيار ومدي جواز وشرعية النكاح بعبارة المرأة عند الجمهور والأحناف وأدلة كل منهم من الكتاب والسنة والقياس

الـمـبـحث الأول

ولايـــة الـــندب والاســـتحـــبـــاب ووولايـــة الـــشـــركـــة والاخـــتـــيـــار

أولا : ولايـة الـنـدب والاسـتـحـبـاب :

هي الولاية علي البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا عند الحنفية :

وقد أثبت فقهاء المذهب الحنفي ولاية الندب والاستحباب علي المرأة البالغة العاقلة سواء أكانت بكرا أم ثيبا ، وقد أجازوا لهذه المرأة أن تتولى عقد نكاحها ونكاح غيرها بنفسها ٠غير أنهم قالوا : أنه يندب ويستحب لها أن يتولى عقد زواجها وليها صونا لها وحفاظا علي حيائها ذلك لأن ولاية الندب والاستحباب تعطي للولي حق مراعاة مصلحة المولي عليه وتحقيق مقاصده فيمن يطلب الزواج به ولذلك سميت عند هؤلاء الفقهاء بولاية الندب والاستحباب ٠ علي أنه ينبغى لنا أن نشير إلي أن المرأة البالغة عند الأحناف إذا زوجت نفسها فيعتبر زواجها صحيحا ونافذا وليس لوليها الاعتراض علي هذا الزواج إلا إذا زوجت نفسها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فيكون لوليها حينئذ الاعتراض علي هذا الزواج ويكون من حقه طلب فسخ العقد قضاء ٠ (١)

١- البدائع للكاساني ج ٢ ص ٢٤٧ ونيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٤٠ وما بعدها ٠

ثانيا : ولاية الشركة والاختيار :

يري جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة : أن ولاية الشركة والاختيار هي : الولاية علي المرأة الثيب البالغة العاقلة ٠

لأن المرأة تكون عليها ولاية الإجبار إذا كانت صغيرة غير بالغة أو غير عاقلة أو كانت بكرا بالغة ٠

فأما إذا كانت ثيبا بالغة عاقلة فتثبت عليها عند الجمهور ولاية شركة واختيار ٠

فلا ينفرد الولي بالزواج دونها ولا تنفرد هي به ولكن يشتركان معا في الاختيار و يتولي هو صيغة عقد الزواج ٠

وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أن عقد الزواج لا ينعقد بعبارة المرأة وإن كان لابد من رضاها ٠

وكما قرر الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل :

أنه لا يصح للمرأة أن تتولى عقد الزواج لنفسها ولا لغيرها ، وأن عقد النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة ، بل لابد من اشتراك الولي معها ولذلك سميت عندهم هذه الولاية بولاية : الشركة والاختيار ٠

إذن وكما ذكرت آنفا يتضح لنا أن مناط هذه الولاية ولاية الندب والاستحباب كما يسميها الأحناف أو ولاية الشركة والاختيار كما يسميها الجمهور هو المرأة الكبيرة البالغة العاقلة الثيب ٠

فإن توافر العقل والبلوغ لهذه المرأة يجعل لها رأي يجب الاعتداد به وهذه هي المرأة التي عبر عنها بأنها كاملة الأهلية ٠

وقد اختلف الفقهاء في أمر ثبوت هذه الولاية لها وبالتالي مباشرتها عقد زواجها بنفسها علي النحو السابق ذكره ـ وهنا يثور سؤال في غاية الأهمية :

هل للمرأة العاقلة البالغة أن تزوج نفسها استقلالا عن الأولياء ؟

أي هل يكون لها أن تنشئ العقد بعبارتها ؟ ؟ وهو المعبر عنه في المشهور بين الفقهاء بعنوان :

النــــكـــاح بــعـــبــارة الــمــرأة

النكاح بعبارة المرأة أو أحقية المرأة البالغة العاقلة الرشيدة أن تزوج نفسها كانت مثار جدل كبير بين الفقهاء ومازالت وذلك نظرا لحساسية هذه المسألة وآثارها التي تنعكس علي المجتمع بأسره بالسلب أو الإيجاب ٠

هذا وقد اختلف الفقهاء في الإجابة علي هذه المسألة : وانقسموا إلي رأيين لكل منهما أدلته الشرعية ، وأعرض فيما يلي بشئ من التفصيل لآراء كل منهما :

أولا : رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة :

ذهب الجمهور :

إلي أن المرأة البالغة العاقلة : إما أن تكون ثيبا أو بكرا ، فإن كانت ثيبا فإن رأيها هو الذي يجب الأخذ به وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : {الثيب أحق بنفسها من وليها } ٠ (١) ولأنها قد أصبح لها تجربة في الحياة وعاشرت الرجال ومن ثم فليس لوليها سلطة عليها لكنه يشاركها الرأي ويوافق علي اختيارها ٠

كما أن الولي يتولى إبرام عقدها إذ لا يصح أن تتولى عقد الزواج منفردة عن الولي ٠

١ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٩١٢ ـ ص ٨١١ ـ من حديث عبدالله بن عباس رضي الله عنهما ٠

وأما إذا كانت المرأة بكرا : فإن أمر زواجها يكون إلي الولي بولاية الإجبار وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : { لا نكاح إلا بولي } • (١) وأيضا لقول النبي صلي الله عليه وسلم : {أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل } • (٢) ، وأيضا فإن المرأة البالغة العاقلة البكر تعتبر قليلة التجربة ولا تعرف طبائع الرجال •

إذن فعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة :

نجد أن ولاية الاختيار والشركة : تكون علي البالغة العاقلة مهما تكن درجتها من الرشد وقد أثبتها الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد •

وأساس هذه الولاية : أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل لوليها سلطان معها فهنا يشتركان في زواجها ، بحيث لا ينفرد الولي دون المرأة بالزواج ولا تنفرد هي به أيضا بل يشتركان معا في إتمام هذا الأمر ويتولى هو صيغة عقد الزواج لأنهم يرون أن النساء لا يتولون إنشاء العقد وأنه لا يصح أن ينعقد عقد النكاح بعبارة النساء وإن كان لابد من رضائهن •

ثانيا : رأي الإمام أبي حنيفة :

وقد خالف الإمام أبو حنيفة رحمه الله سائر الفقهاء وقال :

إن للمرأة أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها وأن للمرأة أن تنشئ العقد بعبارتها وأن عقد الزواج ينشأ بعبارة النساء صحيحا •

ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها وأن يكون عنه راضياً ، فإذا زوجت نفسها من كفء وبمهر المثل صح عند أبي حنيفة الزواج •

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩٠٩ - ص ٨٠٨

٢- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩١٠ - ص ٨٠٩

لأن الولاية في حقها ولاية ندب واستحباب ويستدل علي ذلك بقوله صلي الله عليه وسلم : { ٠٠٠ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا يا رسول الله : فكيف إذنها قال : أن تسكت } ٠ (١) فإن دلالة الإذن منها صماتها ولأن هذا العقد من أهم العقود أثراً في حياتها فلا ينبغي أن يهدر رأيها فيه ٠

معنى انعقاد الزواج بعبارة المرأة

انعقاد الزواج بعبارة المرأة :

معناه الصلاحية لأن تباشر المرأة البالغة العاقلة زواجها بنفسها أو عقد زواج آخر باعتبارها وكيلة فيه ٠

وقد اختلف الفقهاء في القول بصحة انعقاد الزواج بعبارة المرأة من عدمه علي النحو المبين آنفا ٠

فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة :

إلي أن عقد الزواج بعبارة المرأة لا يصح سواء كانت أصلية أو وكيلة فيه ويجب أن يباشره وليها ٠

أما فقهاء الحنفية :

فإنهم قد خالفوا الجمهور في ذلك وقالوا بصحة انعقاد الزواج بعبارة المرأة سواء كانت بكراً أو ثيباً وسواء عقدت زواجها لنفسها أو لغيرها بالوكالة ٠

ولكن ذكر فقهاء الحنفية أنه : يستحب مباشرة الولي عقد زواجها نيابة عنها محافظة عليها وصيانة لها وبشرط أن يكون الزواج من كفء وبمهر المثل ٠

وأما إذا لم يتحقق الشرطان : الكفاءة ومهر المثل كان للمرأة المولي عليها الحق في طلب فسخ العقد ما لم ترض به أو تسكت عنه حتى يظهر حملها أو

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩١١ - ص ٨١٠ و ٨١١

تضع مولودها أو يوافق الزوج علي إتمام المهر إلي مهر مثلها ، فهنا يسقط حق المرأة في الاعتراض وفي طلب الفسخ ٠ (١)

وقد استدل كل فريق علي رأيه بأدلة من الكتاب والسنة علي النحو الآتي تفصيلا وسوف أبدء بمشيئة الله تعالي بسرد رأي كل فريق وأدلته كلٍ علي حدة بادئا برأي وأدلة الجمهور مثنيا بعد ذلك برأي وأدلة الأحناف ، والله المستعان :

أولاً : رأي الجمهور وأدلتهم :

استدل الجمهور علي مذهبهم بما يلي :

استدل جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة علي أن المرأة لا تملك تزويج نفسها وأن العقد لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة توكيل وليها في تزويجها فإن فعلت لم يصح العقد بأدلة من القرآن والسنة أوردها فيما يلي :

أولاً : من القرآن الكريم :

١- قول الحق سبحانه وتعالي : { ولا تنكحوا المشركين حتي يؤمنوا } ٠ (٢)

٢-وقوله تعالي : {وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم } ٠ (٣)

فالصيغة في هاتين الآيتين هي الأمر وهو موجه إلي الأولياء فدل علي أن الخطاب لهم وليس إلي المرأة فلا يجوز لها أن تتولاه ٠

فهذا خطاب للأولياء ، والأيامي : جمع أيم وهو :اسم للمرأة التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ، ومتي ثبتت الولاية عليها كانت هي مولي عليها ضرورة فلا تكون والية للنساء والمعني أن النكاح أسند إلي الأولياء فاختص بهم حملا للكلام علي الحقيقة ٠ (٤)

١- الدكتور محمد نبيل سعد الشاذلي المرجع السابق ص ١٣١

٢- سورة البقرة آية ٢٢١

٣- سورة النور آية رقم ٣٢

٤- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٢٣

٣-استدل الجمهور أيضا بقول الحق سبحانه و تعالي : {فأنكحوا ما طاب لكم من النساء } ٠ (١)

حيث وجه الحق سبحانه وتعالي خطابه إلي الرجال وأسند إليهم أمر النكاح فدل ذلك علي اشتراط الذكورة في الولي ٠

٤-وبقوله تعالي : { وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن } ٠ (٢) فالخطاب في الآية : لأولياء النساء نهي لهم عن عضلهن ومنعهن من التزويج بمن يختارونه زوجاً لهن ، فلو لم يكن للأولياء حق تولي العقد ومباشرته لما نهوا عن العضل ولما كان للنهي فائدة ٠

قال الشافعي رضي الله عنه :

إن هذه الآية أصرح آية في الدلالة علي ضرورة الولي في النكاح ، وإلا لما كان لعضله معني ٠ (٣)

ثانيا : من السنة النبوية المطهرة :

١- فقد ثبت في السنة : ما جاء من أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : { لا نكاح إلا بولي } ٠ (٤)

٢ - وبما جاء في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه قال :قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : {لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها } ٠ (٥)

١- سورة النساء آية رقم ٣

٢- سورة البقرة آية رقم ٢٣٢

٣- تكملة المجموع شرح المهذب ج ٥ ص ٤٣ : ٤٤ - وأيضا سبل السلام للصنعاني كتاب النكاح - ص ٨١٢

٤- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩٠٩ - ص ٨٠٨

٥- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩١٣ - ص ٨١٢

٣- وعن عكرمة بن خالد قال : جمعت الطريق ركبا فجعلت امرأة منهم ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها ، فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها ، وعن الشعبي قال : ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه ٠ (١)

٤- وعن معقل بن يسار قال : كانت لي أخت تخطب إلي فأتي ابن عم لها فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقاً رجعيا ثم تركها حتى انقضت عدتها فلما خطبت أتاني يخطبها فقلت : لا والله لا أنكحها لك أبداً قال : ففي نزلت هذه الآية :

{وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن } ٠ (٢)

زاد أبو داود : فكفرت عن يميني فأنكحتها إياه ٠ (٣)

وقال الخطابي (٤) في معالم السنن :

هذه أدل آية في كتاب الله تعالي علي أن النكاح لا يصح إلا بعقد ولي فلو كان عقد المرأة علي نفسها يصح إذا تزوجها كفء لم يتعذر عليها أن تفعل ذلك وقد كان الذي خطبها إنما هو ابن عمها المكافئ لها في النسب ، فدل ما قلناه علي صحة ما ذهبنا إليه ٠ (٥)

١- نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٣٩ - وأيضا المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٠٩

٢- سورة البقرة آية رقم ٢٣٢

٣- أنظر سبل السلام للإمام الصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨١٣

٤- هو الفقيه المحدث حمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي من أهل بست من بلاد كابل من نسل زيد بن الخطاب أخي عمر بن الخطاب ٠ له معالم السنن في شرح سنن أبي داود وبيان إعجاز القرآن وغير ذلك ولد سنة ٣١٩ هجرية وتوفي سنة ٣٨٨ هجرية { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٢ ص ٣٠٤ }

٥- معالم السنن للخطابي ج ٣ ص ٢٧ و ٢٨

- وروي عن السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : { أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له } ٠ (١)

ففي هذا الحديث الشريف إثبات الولاية علي النساء كلهن ذلك لأن كلمة أيما : للاستيفاء والاستيعاب فيدخل في ذلك البكر والثيب وأن المرأة لا تكون ولية بنفسها وأن العقد إذا وقع بدون الأولياء كان باطلاً ، وإذا لحقته الإجازة بعد ذلك فلا تصححه وقد أكد النبي صلي الله عليه وسلم هذا الحكم بتكراره لكلمة فنكاحها باطل ٠

وهو دليل أيضا علي أن وطء الشبهة يوجب المهر وأنهم إن تشاجروا بالعضل والممانعة في العقد فالسلطان ولي من لا ولي له ٠وبناء علي ما تقدم فلا يجوز للمرأة تزويج نفسها بغير إذن وليها صيانة لها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلي الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة ٠ (٢)

ثالثا : ومن العقل :

ولان عقد الزواج خطير ودائم والعثرة فيه لا تدرك ومقاصده وأغراضه سامية ومتعددة فلذلك كان من الأنسب أن يستقل به الرجال بحكم ما يغلب عليهم من سعة الخبرة بالإطلاع علي شئون الحياة وعدم التأثر بالعواطف والأهواء ٠

وأما النساء فهن في الغالب سريعات الاغترار سيئات الاختيار وغالبا ما ينخدعن بمعسول الكلام فيخترن من لا يصلح زوجا فتندم علي ما اختارت ولكن بعد فوات الأوان ٠

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٥٩ - ج ٦ - ص ١٣٩

٢- المغني والشرح الكبير ج ٧ ص ٤٠٤

وقال أبو ثور : (١) وهو أحد فقهاء الشافعية :

يجوز للمرأة أن تزوج نفسها إذا أذن لها وليها أخذا بمفهوم قوله صلي الله عليه وسلم : {أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها ٠٠الخ }، فمفهومه أنه إذا كان عقدها لنفسها بإذن وليها كان صحيحا ، ولأن المرأة إنما قد منعت من الاستقلال بالعقد لقصور خبرتها كما تقدم فإذا أذن لها وليها جبر هذا القصور بإذنه ٠

ولكن قول أبي ثور هذا غير مسلم به : ذلك أن دلالة المنطوق أولي من دلالة المفهوم وقد قال النبي صلي الله عليه وسلم : { لا نكاح إلا بولي } ٠ (٢)

ولأن التقييد بغير إذن الولي في الحديث خرج مخرج الغالب وهذا ممالا مفهوم له ٠ (٣)

ثانيا : أما الحنفية فقد استدلوا علي مذهبهم بما يلي :

استدل الحنفية علي ما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وأيضا من المعقول وسأورد الحديث عن أدلتهم فيما يلي :

١- هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي أبو ثور - الفقيه الجليل صاحب الإمام الشافعي قال ابن حبان : كان أحد أئمة الدنيا فقها وعلما وورعا وفضلا ، صنف الكتب وفرع علي السنن وذب عنها يتكلم في الرأي فيخطيء ويصيب ٠ مات ببغداد شيخا وقال ابن عبد البر له مصنفات كثيرة منها كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي وذكر مذهبه في ذلك وهو أكثر ميلا إلي الشافعي في هذا الكتاب وفي كتبه كلها ٠ { ترجمة الأعلام للإمام خير الدين الزركلي ج ١ ص ٣٠ } ٠

٢- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٧٥٨ - ج ٦ - ص ١٣٩

٣- أنظر أيضا نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - ج ٦ ص ١٤٠ وما بعدها ٠

أولاً : من القرآن الكريم :

١ـ قوله تعالي : { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } ٠ (١)

٢ ـ وقوله سبحانه وتعالي : {فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف } ٠ (٢)

فوجه الدلالة في هاتين الآيتين الكريمتين واضح حيث أضاف العقد إليها بالزواج أو بغيره ولم يعلقها علي مباشرة الولي أو إذنه ، فدل علي أنها صاحبة الحق فيه ٠

٣ـ وقوله تعالي : {فلا جناح عليهما أن يتراجعا } ٠ (٣) بمعني يتناكحا أضاف النكاح إليهما (أي المرأة والرجل) من غير ذكر للولي ٠ (٤)

٤ـوقوله سبحانه وتعالي : {وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن } ٠ (٥) فقد نهي الأولياء عن العضل وهو المنع ٠

وإذن يكون معناها لا تمنعوهن أن ينكحن من يخترنه وإنما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الإنكاح وإلا فلو لم يكن في يد المرأة فكيف يمنعها الولي ؟ فقد أسند الفعل إليها والأصل أن يكون إسناد الفعل إلي الفاعل فثبت بهذا أن للمرأة أن تزوج نفسها استقلالا من غير توقف علي إذن الولي ٠ (٦)

٥ـ ويوافقه قوله سبحانه وتعالي : {فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتي تنكح زوجا غيره } ٠ (٧)

١و٣و٧ـ سورة البقرة آية رقم ٢٣٠

٢ـ سورة البقرة آية رقم ٢٣٤

٤ـ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٢٦

٥ـ سورة البقرة آية رقم ٢٣٢

٦ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ـ كتاب النكاح ـ ص ٣٨٦ و٣٨٧

ووجه الاستدلال بهذه الآية من وجهين :

وجه الاستدلال الأول :

أنه أضاف النكاح إليهن فيدل علي جواز النكاح بعبارتهن بدون شرط الولي ٠

وأما وجه الاستدلال الثاني :

فهو أنه نهي الأولياء عن المنع عن نكاحهن من أزواجهن إذا تراضي الزوجان والنهي يقتضي تصور المنهي عنه ٠

٦-وقول الحق سبحانه وتعالي : {وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها) ٠ (١)

فالآية الشريفة نص علي انعقاد النكاح بعبارتها وانعقادها بلفظ الهبة حجة علي المخالف في المسألتين ٠ (٢)

ثانيا : من السنة النبوية المطهرة :

بما ورد في السنة :

أ - قوله صلي الله عليه وسلم : { لاتنكح الأيم حتي تستأمر ولاتنكح البكر حتي تستأذن ٠٠٠ } ٠ (٣) والأيم هي المرأة التي لازوج لها بكرا كانت أو ثيبا وفي حديث آخر عن النبي صلي الله عليه وسلم : { الثيب أحق بنفسها من وليها ٠٠ } ٠ (٤)وعلي ذلك فإن المرأة الأيم بنص هذا الحديث أحق بنفسها من وليها فلها أن تباشر عقد زواجها بنفسها ٠

ب - وبما ورد من أن النبي صلي الله عليه وسلم حينما أراد أن يتزوج بالسيدة أم سلمة رضي الله عنها بعث إليها لكي يخطبها فقالت : ليس أحد من أوليائي

١- سورة الأحزاب آية رقم ٥٠

٢- مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري - ج ٣ - ص ٤٢

٣- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٩١١ - ص ٨١٠

٤- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٩١٢ - ص ٨١١

شاهداً فقال لها النبي صلي الله عليه وسلم : {ليس أحد من أوليائك شـ اهداً و لا غائباً يكره ذلك } ٠ (١) فهذا أيضا يدل علي أن صحة العقد لا تتوقف علي مباشرة الولي له وأن الأولياء لا اعتراض لهم ما دامت الكفاءة متحققة ٠

أما إذا كان الزواج بغير كفء وبأقل من مهر المثل فللولي أن يعترض ويفسخ القاضي هذا النكاح لأنه يكون نكاحاً غير لازم ، ولا ينقلب هذا العقد لازما حتى ولو رضي به الولي بعد العقد ٠

ج ـ ومما روي عن ابن عباس أيضا عن رسول الله صلي الله عليه وسلم أنه قال : { ليس للولي مع الثيب أمر } ٠ (٢) وهذا قطع لولاية الولي عنها ٠

ثالثا : ومن المعقول :

حيث أنه من جهة المعني أن المرأة البالغة العاقلة تتصرف بالزواج في خالص حقها وهو نفسها وهي من أهل التصرف في الأموال ، فليكن الزواج كذلك مع كونه خلاف الأولي والمستحب في المذهب كما ذكرت سابقا لئلا تنسب المرأة إلي الوقاحة بحضورها مجالس الرجال ٠

ويزيد هذا الرأي وجاهة أن الأولياء لهم أن يعترضوا علي العقد الذي تباشره المرأة بنفسها إذا كان الزواج بغير كفء أو بأقل من مهر المثل ٠ (٣)

وأنقل هنا عن بن القيم ما يزيد مذهب الحنفية تأكيدا :

وفي السنن من حديث ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي صلي الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلي الله عليه وسلم ، وهذه غير خنساء بنت خدام التي زوجها أبوها وكانت ثيباً فهما قضيتان مختلفتان

١ـ أنظر المغني لابن قدامه ـ كتاب النكاح ـ ج ٧ ـ ص ٤١٣ و٤١٣

٢ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ من الحديث رقم ٩١٢ ـ ص ٨١١

٣ـ بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٤٧ وما بعدها

قضي فيهما النبي صلي الله عليه وسلم بتخيير كل من الثيب والبكر معاً وموجب هذا الحكم أنه لا تجبر البكر البالغ علي النكاح ولا تزوج إلا برضاها وهذا قول جهور السلف ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدي الروايات عنه وهو القول الذي ندين الله به ولا نعتقد سواه وهو الموافق لحكم رسول الله صلي الله عليه وسلم وأمره ونهيه وقواعد شريعته ، ومصالح أمته لأنه صلي الله عليه وسلم قد حكم بتخيير البكر الكارهة وقال :والبكر تستأذن وهذا أمر مؤكد لأنه ورد بصيغة الخبر الدال تحقق المخبر به وثبوته ولزومه والأصل في أوامره عليه الصلاة والسلام أن تكون للوجوب ما لم يقم دليل علي خلافه و نهي النبي صلي الله عليه وسلم أن تنكح البكر حتي تستأذن فأمرونهي وحكم بالتخيير وهذا إثبات للحكم بأبلغ الطرق والبكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شئ من ملكها إلا برضاها ولا يجبرها علي إخراج اليسير منه بدون رضاها ·

فكيف يجوز أن يخرج بضعها منها بغير رضاها إلي من يريده ويجعلها أسيرة عنده كما قال صلي الله عليه وسلم : اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أي أسري ، ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها ·وأما موافقته لمصالح الأمة : فلا يخفي مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره وترضاه وحصول مقاصد النكاح لها به وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر منه فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول لكان القياس الصحيح وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره وبالله التوفيق ··· الخ (١)

١- زاد المعاد لابن القيم الجوزيه ج ٤ ص ٤٢ و٤٣

موازنة بين أدلة الطرفين وتعليق :

هذا هو الخلاف بين أبي حنيفة وبين جمهور الفقهاء :

فجمهور الفقهاء :

يرون أن الزواج لا ينعقد بعبارة النساء وأن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها ·

أما أبو حنيفة :

فهو يري أن لها أن تنفرد بعقد زواجها من غير أن تشرك وليها في أمر زواجها وأن عبارتها ينشأ بها عقد الزواج صحيحا ·

فأبو حنيفة عندما أجاز للمرأة أن تزوج نفسها فهو قد شدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره المرأة زوجا لها · فالإمام أبو حنيفة إذا كان قد خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حريتها في التعاقد فهو قد احتاط في الوقت نفسه لحق وليها فاشترط الكفاءة للزوم العقد بالنسبة للولي كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل

وبذلك ينحصر الخلاف بين الإمام أبو حنيفة وبين الجمهور فيما يلي :

أ - **الجمهور** : قيدوا حرية اختيارها وأشركوا معها الولي :أي أنهم احتاطوا لحق الولي فاشترطوا أخذ رأيه قبل العقد ليكون كما يريد الولي لا كما تريد المرأة ·

ب - **أما أبو حنيفة** : فقد أعطاها الحرية ، واحتاط لحق الولي فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل ، وجعل العقد غير لازم إن لم يكن الزوج كفئا ·

فهو قيد حق الولي ، وهم أطلقوه ، وهو لم يجعل له سلطانا عند الإنشاء وهم جعلوا له ذلك السلطان · (١)

١- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق - بتصرف - ص ١٥٦

وقد توسط أبو ثور من أصحاب الشافعي فقال :

إن المرأة ليس لها أن تنفرد بعقد الزواج من غير اختيار وليها بل لابد من رضاه وإن رضي فلها أن تعقد هي العقد ٠ (١)

تـعـلـيـق :

وفي هذا الموضوع يقول أستاذنا الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح :

لقد حدث نقاش كبير بين الفريقين في محاولة من كل منهما لإسباغ المشروعية علي ما ذهب إليه عن طريق إقامة الأدلة من الكتاب والسنة والعقل وعن طريق محاولة توجيه الأدلة الوجهة التي يطمئن إلي صوابها ٠

وإذا أراد الباحث أن يختار فإنه يصعب عليه الاختيار إلا أنه في وسعه الترجيح بحسب ما يراه محققا للمصلحة ومتطورا ومتجددا مع العادات والأعراف والتقاليد ، ثم يقول سيادته : إلا أن في النفس شئ يرجح ما ورد عن النبي صلي الله عليه وسلم في اشتراط الولي لصحة النكاح وأخص منها حديث عائشة رضي الله عنها : {أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل باطل }وحديث { لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ٠

ولهذا فإن استدلال الجمهور من السنة علي اشتراط الولي أقوي وأثبت وإن كان استدلال الحنفية من القياس والعقل أظهر ، ولكن لما كان الاحتياط في أمر الأبضاع واجباً لا يسع المؤمن والمؤمنة إلا أن يرجح مذهب الجمهور ، ومع ذلك فإذا عقدت المرأة زواجها بنفسها وكانت بالغة عاقلة فإن الإنسان لا يفتي ولا يقضي ببطلانه أو فساده لأن خلاف الحنفية فيه قوي ٠ (٢)

١- المغني والشرح الكبير لابن قدامه - كتاب النكاح - ج ٧ - ص ٣٣٨

٢- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٢٨ و ٢٢٩

أما الأستاذ الدكتور يوسف قاسم : فيقول مبينا رأيه في هذا الخلاف :

والذي نراه والله أعلم أن هذا الحديث الشريف بذاته يؤكد ضرورة وجود الولي في إبرام عقد الزواج ، لأن النبي صلي الله عليه وسلم ساق هذا الحديث لبيان الوسيلة التي تعبر بها المرأة عن رغبتها في الزواج حيث قال صلي الله عليه وسلم : {الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها } ، فمعني كلمة : {أحق بنفسها }أنه لابد من رضائها بعبارتها وهذه تقطع بضرورة وجود الولي عند إبرام عقد الزواج فوجوده محتم لإبرام عقد الزواج ٠

غير أنه لا يبرم هذا العقد إلا إذا رضيت هي لأن عقد الزواج عقد حياة يترتب عليه سعادتها أو شقاؤها فكيف يمكن الإقدام علي هذا العقد دون رضاءها ؟

ثم يستطرد سيادته فيقول : ووسيلة التعبير عن الرضاء أو عدمه يختلف باختلاف المرأة فالتي سبق لها الزواج تعلن لوليها عن إرادتها صراحة قبولا أو رفضا ، وأما البكر فإن سكوتها دليل رضاها ، فإن سكتت فقد رضيت وهذا إذن منها للولي بتزويجها ، وإلا بأن رفضت صراحة أو دلالة فيمتنع علي الولي أن يزوجها ٠وهكذا يثبت لنا أن وجود الولي محتم في الحالتين كما هو مستفاد من نفس الحديث الذي استدل به أبو حنيفة ٠٠ وفضلا عن كل ما تقدم : فإن الأحاديث النبوية المتعددة صرحت بأن عقد الزواج الذي يبرم بدون ولي هو عقد " باطل باطل " ٠ (١)

وفي هذا أيضا يقول الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي :

إن قول الجمهور المشترط للولي لصحة عقد النكاح هو القول الراجح الذي ينبغي أن يفتي به لقوة الأدلة التي استدل بها الجمهور ، ثم أيضا إنه لو لم توجد نصوص شرعية تشترط الولي في الزواج لكان العرف الصحيح هو

---

١ ـ الدكتور يوسف قاسم المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها

الذي يشترط هذا ، فقصر نظر الفتيات وعدم نظرتهن إلي الرجال نظرة من منظور إسلامي أحدث خللا في المجتمع ساعدهن عليه وسائل الإعلام من جهة وقضاء البنت خارج بيتها ساعات طويلة مع الشباب في الجامعة والنوادي والرحلات من جهة أخري ، حيث نظرة البنت اليوم إلي الشباب تتسم غالبا بالسطحية حيث نراها تهتم بشكله ولبسه وتسريحة شعره ومرونته وتفتحه وشكل سيارته ، أما دينه وخلقه : فشئ لا تفكر فيه الكثير من الفتيات في هذا العصر ولا يستساغ عرفا أن يترك الأمر هكذا في يد من لا يحسن التفكير فضلا عن التفكر في العاقبة ٠

فهل الأفضل والأكمل للمرأة : أن يزوجها ولي يعرف مصلحتها لأنها أمانة في عنقه أو أن يصرح لها بأن تسلم عرضها لمن تشاء بحجة أن لها أن تزوج نفسها ؟ ٠ (١)

لكن لم اشترطت الشريعة الإسلامية وليا للمرأة علي هذا النحو ؟

يجيب الفقهاء عن ذلك بأن وجود الولي يحقق فائدتين في صالح المرأة من وجهة الشريعة الإسلامية الغراء :

الأولي :

أن لا تظهر بمباشرتها بنفسها عقد النكاح وتحقيق الشهود منها أمام جميع الناس بمظهر التائقة إلي النكاح الطالبة له علي نحو صريح فقيام الولي بذلك عنها مظهر من مظاهر إكرام الشريعة لها وإعزازها وتقديرها لما ينبغي نحوها من واجب حمايتها من أي موقف يمس حياءها وعزتها ٠

وبداهة لا يجادل عاقل في أن المرأة تطلب النكاح وتسعي إليه في حقيقتها بيد أن ظهورها بذلك وإعلامها له علي الملأ يغض من قيمتها ويخدش الحياء

١- الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ١٥٤ وص ١٧١

الطبيعي الذي تطلب الشريعة أن تتحلى به المرأة دائما لأنه من أخلاق الإسلام ومن الذي قال أن كل رغبة للإنسان يجب أن تظهر علي الملأ في صورة جلية فالموقف الأكرم يقتضي الولي وخاصة أن المرأة لن تضار منه ٠

والثانية :

لأن المرأة تتجه في الغالب بفطرتها إلي تحكيم عاطفتها في مثل هذه الأمور ولهذا قد تكون سريعة الاغترار بمن يعرض عليها حبه ورغبته فيها ومهمة الولي هنا أن يقوم بدور الفاحص المتحقق من حقيقة حال وظروف الرجل فحين يشترط في قول من سبق من الفقهاء أن يباشر هو عقد الزواج فمدلوله : أن تزويجها نفسها أو غيرها من النساء باطل ، ومن ثم يجب أن تعلم المرأة سلفا ذلك حتى لا تغيب قضية زواجها واختيارها عن الولي الفاحص ٠

ولهذين الاعتبارين المقررين نجد أن مذهب أبي حنيفة يري :أنه يستحب ويندب أن يتولى الولي عقد نكاح البالغة العاقلة التي نتكلم عنها وإن لم يوجبوا ذلك كما سبق ، ولكنهم يطلقون علي ولاية الولي عندئذ : (ولاية ندب واستحباب) ، إشارة إلي أفضلية ذلك ، وأيضا فإن الحنفية يعطون الأولياء حق فسخ النكاح إذا انفردت المرأة وزوجت نفسها من غير كفء ٠

ويضاف إلي هذين الاعتبارين اعتبار ثالث خاص بأولياء المرأة وأسرتها :

وهو أنه مما يبرر في قوة أن يكون لهم شأن معتبر في تزويجها أنه تلحقهم بذلك معرة سوء الاختيار أو تبعاته ماديا ونفسيا ٠

لأن زوج ابنتهم أو أختهم يضاف إلي أسرتهم ضرورة بمجرد العقد ويكون لأسرته الجديدة عليهم حقوق في صلة الرحم والكفالة وغيرها ٠

يبرر ذلك إلي جانب الاعتبارات السابقة أن يكون لهم شأن معتبر ومؤثر في عقد الزواج ٠

وهب أن فتاة ما عاقلة بالغة علي قدر من الرشد اغترت بكلام رجل وتظاهره فسارعت إلي الزواج منه دون ولي ، ثم ظهر أنه فاسق أو خائن وهذا يحدث أحيانا كما هو معروف ومسجل وسواء رضيت هي بذلك حين تبين الأمر أو لم ترض ؟؟ ألا تلحق أسرتها وأولياؤها معرة هذا الزواج ؟

بل إن الأمر لا يقتصر علي مجرد المعرة والذلة النفسية بين الناس ، بل يتجاوز ذلك إلي أضرار واقعية تلحق بهم مثل امتناع الناس عن خطبة أخواتها وقريباتها وغيره من الأضرار الفادحة .

ومن هنا يكون لرأي العقل الرصين ، المجرد عن التأثر العاطفي عند المرأة نفسها اعتبار كبير في الاستيثاق والفحص والتحقق والمراجعة بحيث لا ينبغي إهماله .

ومن هنا ، فليست قضية (ولي الزوجة) في الشريعة الإسلامية قضية مجرد الحجر علي المرأة والاستبداد بها وبكل أمرها كما يصور بعض دعاة ما يزعمونه تقدما وحضارة . إنما الأمر في الحقيقة يجاوز هذا الفهم الضيق إلي منافع متعددة كبيرة معتبرة بالنسبة للمرأة وأهلها معا ، ولا خوف من اشتراط الولي عندئذ . لأن للمرأة في زواجها رأيا لا يغفل وهذا ما تبينه الأحاديث النبوية الشريفة التالية :

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : لا تنكح الأيم حتي تستأمر ولا تنكح البكر حتي تستأذن قالوا :يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت } . (١)

٢-وعن عائشة أنها قالت : قلت :يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن قال : نعم ، قلت : إن البكر تستأمر فتستحي فتسكت قال : سكاتها إذنها

١ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٩١١ ـ ص ٨١٠ و ٨١١

وفي رواية قالت : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم :{ البكر تستأذن } قلت : إن البكر تستأذن وتستحي قال : { إذنها صماتها } ٠ (١)

٣ـوعن ابن عباس أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : {الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها } وفي رواية أخري نصها : عن ابن عباس أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : { الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر ، وإذنها سكوتها } ٠ (٢)

فهذه الأحاديث الشريفة وما يماثلها صريحة في إيجاب موافقة المرأة علي الزواج والأيم فيها خاصة هي :الثيب التي فارقت رجلا بطلاق وغيره لأنها وردت في مقابل البكر ، أما قوله صلي الله عليه وسلم عنها أنها {أحق بنفسها من وليها }فهو يحتمل من حيث اللفظ كما قال النووي : أن المرأة أحق بنفسها من وليها في كل شئ من عقد وغيره ـ كما قال أبو حنيفة وداود ـ ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لا تزوج حتى تنطق بخلاف البكر ، لكن لما صح قوله صلي الله عليه وسلم {لا نكاح إلا بولي } ٠ (٣) مع غيره من الأحاديث الدالة علي اشتراط الولي تعين الاحتمال الثاني ٠

وحاصل هذا كله عندنا : أنه لابد أن تجتمع إرادتان في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة مهما يكن مقدار الرشد عندها :

إرادة من ناحية الزوج ، وإرادة من ناحية الزوجة :

أما الإرادة الأولي : فهي من ناحية الزوج : فإذا كان الرجل بالغا عاقلا فلا ولاية لأحد عليه ٠

١ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٢٦٦٥ ـ ج ٦ ـ ص ١٤٢

٢ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٩١٢ ـ ص ٨١١

٣ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٢٦٥٨ ـ ج ٦ ـ ص ١٣٩

وأما الإرادة الثانية : فهي من ناحية الزوجة : فإن مجموع النصوص السابقة يدل عندنا علي أنها تتكون من مجموع حقين في ناحيتها : يتصل الأول بها والثاني يتصل بوليها ، فكيف يتم التوفيق بين هذين الحقين عند العقد ؟ إنها إما أن تكون ثيبا بالغة عاقلة ، وإما أن تكون بكرا عاقلة بالغة :

فإن كانت ثيبا : فلفظ (أحق) في حديث الرسول صلي الله عليه وسلم السابق يدل علي المشاركة ومعناه : أن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها حقا ٠ وحقها أوكد من حقه ٠ فإنه لو أراد أن يزوجها كفئا رضيه هو ورفضته هي وامتنعت لم تجبر ، ولو أرادت أن تتزوج كفئا فامتنع وليها أجبر علي تزويجها فإن أصر علي الرفض والامتناع زوجها القاضي وهذا دليل علي تأكيد حقها ورجحانه ٠أما البكر البالغة العاقلة التي قال عنها رسول الله صلي الله عليه وسلم : { ٠٠ ولا تنكح البكر حتى تستأذن ٠٠ } ٠ (١) فقد اختلف الفقهاء في معني هذا الحق لها : فقال الشافعي وابن أبي ليلي وأحمد وإسحاق وغيرهم : الاستئذان في البكر مأمور به فإن كان الولي أبا أوجدا كان الاستئذان مندوبا إليه ولو زوجها الأب أو الجد بغير استئذانها صح ، لكمال شفقته عليها ٠

أما إن كان الولي غيرهما من الأولياء وجب استئذانها ولم يصح تزويجها قبله ٠

وقال الأوزاعي (٢) وأبو حنيفة وغيرهما من الكوفيين :

يجب الاستئذان في كل بكر بالغة ٠ وعلي هذا الرأي الأخير فإنه لا يجوز

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٩١١ - ص ٨١٠ و ٨١١

٢- هو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي من قبيلة الأوزاع : إمام الديار الشامية في الفقه والزهد وأحد الكتاب المترسلين ولد سنة ٨٨ هجرية في بعلبك سكن بيروت وتوفي بها سنة ١٥٧ هجرية وعرض عليه القضاء فامتنع قال صالح بن يحي في تاريخ بيروت : كان الأوزاعي عظيم الشأن بالشام وكان أمره فيهم أعز من السلطان ، وكانت الفتيا في الأندلس تدور برأيه إلي زمن الحكم بن هشام { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٤ ص ٩٤}

للولي مهما يكن إجبار البكر البالغة علي النكاح ، بمعني أن يباشر العقد عليها رضيت أم كرهت .

والشافعي ومن وافقه : يلحقون البكر في ذلك بالصغيرة التي للأب عليها ولاية إجبار فيبيحون للولي علي التفصيل السابق أن يجبر البكر علي النكا ح كما أجبر الصغيرة لان كلا منهما كما يرون جاهلة بأمر النكاح لعدم تجربتها له من قبل ، لكن مذهب أبي حنيفة يخالف الشافعي وغيره في ذلك كما مر .

وسبب اختلاف الرأي هنا في البكر البالغة مع اتفاقهما في الصغيرة :

هو أن الشافعي رحمه الله يري :أن سبب ولاية الإجبار في الصغيرة هو الصغر والبكارة وعدم اختبار أمور الزواج ، وذلك صادق أيضا علي البكر الكبيرة فتأخذ حكمها في إجبار الولي لها ، لكن أبا حنيفة يري أن سبب ولاية الإجبار في الصغيرة إنما هو الصغر نفسه وهذا السبب غير متحقق في البكر الكبيرة البالغة العاقلة ، ولا يجوز للولي إجبارها علي النكاح . (١)

رأي الباحث :

وإنني إذ أضم صوتي إلي صوت هؤلاء الأساتذة العلماء الفضلاء في القول بترجيح رأي الجمهور في اشتراط الولي للقول بصحة عقد النكاح حيث أنه في هذا الزمان قد خربت الذمم ، وفسدت الضمائر ، وانتشر الفساد في البر والبحر وفسدت الكثير من النساء وكثر العري وضاع حياء بعضهن وخرجن إلي الشوارع والطرقات ودور العلم وأماكن العمل كاسيات عاريات وتخلي الرجل عن قوامته في بيته وفقد سيطرته علي أهل منزله .

فلو قلنا بمذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه بتجويز نكاح المرأة نفسها في هذا الزمان الذي كثر فيه الفسق لزاد الأمر سوءا ولزادت الكوارث والمصائب

١ـ الدكتور محمد بلتاجي دراسات في أحكام الأسرة ـ بتصرف ـ من ص ٨٨ : ٩٢

في المجتمعات المسلمة وأبرزها : انتشار الزواج العرفي بين بعض فئات المجتمع وبخاصة الشباب والفتيات مما ينذر بكارثة قد تجتاح المجتمع بأسره ٠

ولذلك يهيب الباحث ويطالب المسئولين عن التشريع في مصر بالعدول عن الأخذ برأي الحنفية في هذه المسألة وإلغاء النصوص التشريعية المعمول بها حاليا في قانون الأحوال الشخصية بمصر والتي تجيز للمرأة أن تزوج نفسها دون وليها ٠

كما يهيب الباحث بالمسئولين عن التشريع استحداث نصوص بمواد قانونية تمنع المرأة أن تزوج نفسها بنفسها وأن يأخذ المشرع برأي جمهور الفقهاء في هذه المسألة الهامة والخطيرة علي حياة الفرد والمجتمع ، وذلك بإصدار تعديلات قانونية علي نصوص قانون الأحوال الشخصية المعمول به حاليا لا تجعل عقد الزواج صحيحا منتجا ومرتبا لكافة آثاره القانونية والشرعية إلا إذا كان قد تم بولي ٠

كما يطالب الباحث : بإضافة نصوص في قانون العقوبات تجرم من يخالف ذلك وأن يجعل القانون للولي السلطة الوحيدة المنوط بها إبرام عقد الزواج وذلك أخذا بمذهب جمهور الفقهاء وذلك لمصلحة البنات والمجتمع كافة ومنعا للفساد ومنعا لظاهرة نكاح البنات أنفسهن بحجة أن الحنفية صححوه وأجازوه ٠

وكما قال أستاذنا الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح :

وهو يعلق علي هذا الموضوع في محاضراته بكلية الحقوق جامعة المنوفية :

إن الإمام أبا حنيفة لو كان علي قيد الحياة في عصرنا هذا الذي فسدت فيه الضمائر وخربت الذمم وانتشر الزواج العرفي ونكحت البنات أنفسهن بحجة أنه قد أجازه وصححه لكان قد عدل عن رأيه هذا الذي استغله هؤلاء استغلالا سيئا دون وازع من ضمير أو مراعاة لمنهج الله سبحانه وتعالي ٠

استحباب أخذ رأي الأم في عقد نكاح ابنتها

قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { آمروا النساء في بناتهن} ٠ (١)

فهذا الحديث الشريف يدل علي استحباب أخذ رأي الأم في أمر تزويج البنت تطييبا لخاطر الأم وهو أدعي إلي الألفة وأبعد عن وقوع الفتنة بينهما إذا لم يكن يرضي الأم إذ البنات إلي الأمهات أميل وفي سماع قولهن أرغب ٠

ولأن المرأة ربما علمت من حال ابنتها أمراً يخفي علي أبيها لا يصلح معه النكاح من علة تكون بها أو سبب يمنع من الوفاء بحقوق الزوج ٠

قال الشافعي رحمه الله : لا خلاف أنه ليس للأم أمر ، لكنه علي معني استطابة النفس ٠ (٢)

وفي هذا يقول بن قدامه في كتابه القيم المغني :

ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقوله صلي الله عليه وسلم : {آمروا النساء في بناتهن } ولأنها تشاركه في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها لشفقتها عليها ، وفي استئذانها تطييب قلبها وإرضاء لها فتكون أولي ٠ (٣)

١ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٢٦٧٠ ـ ج ٦ ـ ص ١٤٣

٢ـ المجموع شرح المهذب للشيرازي ج ١٧ ص ٢٩٠ وما بعدها

٣ـ المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٥٠

هل لمن أراد أن يتزوج امرأة هو وليها أن يجعل أمرها إلي رجل يزوجها منه بإذنها ؟

ومعني هذا السؤال هو أنه : هل يحق لولي المرأة التي يحل له نكاحها مثل ابن العم أو الحاكم إذا أذنت له أن يتزوجها ؟ وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه في هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء في بيان هذه المسألة إلي رأيين :

الرأي الأول :

أنه يجوز له ذلك وهو قول مالك والثوري وابن سيرين (١) وأبي حنيفة :

وذلك لما رواه البخاري أنه قال : قال عبد الرحمن بن عوف لامرأة تدعي أم حكيم ابنة فارط أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت : نعم ، قال : قد تزوجتك ٠ ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما ، وأيضا لأنه وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية ، والقبول من زوج هو أهل للقبول ، فصح كما لو وجدا من رجلين ٠ (٢)

والرأي الثاني :

أنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد : ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها بإذنه قال أحمد رحمه الله في رواية بن منصور : لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا

١- هو العالم الجليل بن سيرين البصري الأنصاري بالولاء أبو بكر : إمام وقته في علوم الدين بالبصرة تابعي من أشراف الكتاب مولده ووفاته في البصرة ٠ نشأ بزازا في أذنه صمم وتفقه وروي الحديث واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا واستكتبه أنس ابن مالك بفارس وكان أبوه مولي لأنس ٠ ينسب له كتاب تعبير الرؤيا ذكره بن النديم وهو غير كتاب منتخب الكلام في تفسير الأحلام المنسوب إليه أيضا وليس له ، ولد سنة ٣٣ هجرية وتوفي رحمة سنة ١١٠ هجرية ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٧ ص ٢٥ }

٢- المغني لابن قدامه - باب النكاح - ج٧ ص ٤٢٦

علي حديث المغيرة بن شعبة ، وهو ما رواه أبو داود بإسناده : أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأة المغيرة أولي بها منه ، ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع ٠

وقال الشافعية : في ابن العم والمولي :لا يزوجها إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالإذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ، ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده ٠

أما الحنابلة : فإنهم يرون أنه يجوز أن يزوج الرجل امرأة وهو وليها علي أن يوكل آخر في تزويجه إياها لما رأوا من فعل بعض الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره فصح أن يليه عليها له كالإمام إذا أراد أن يتزوج موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل لها فلم يلها الحاكم كما أراد أن يزوجها غيره ومفهوم قول النبي صلي الله عليه وسلم { السلطان ولي من لا ولي له } أنه لا ولاية له علي هذه ٠ (١)

وحول هذا الموضوع يقول العلامة ابن رشد الحفيد (٢) :

ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة وهي : **هل يجوز للولي أن ينكح وليته**

١- أنظر آراء الفقهاء المختلفة : المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٢٦ وما بعدها ٠

٢- هو الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بالحفيد من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها ولد في سنة ٥٢٠ هجرية درس الفقه والأصول وأخذ الفقه المالكي عن أبي القاسم بن بشكوال وغيره وكان فقيها فيلسوفا وصنف نحو خمسين كتابا ٠ قال بن الأبار : كان يفزع إلي فتواه في الطب كما يفزع إلي فتواه في الفقه ، ويلقب بابن رشد الحفيد تمييزا له عن جده أبي الوليد محمد محمد بن أحمد وله مؤلفات كثيرة في الفقه والطب من أشهرها كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد وتوفي رحمه الله سنة ٥٩٥ هجرية ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٦ ص ٢١٢ }

من نفسه أو لا يجوز ذلك ؟ فمنع ذلك الشافعي قياسا علي الحاكم والشاهد أعني أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك : ولا أعلم له حجة في ذلك إلا ما روي من أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولي لأن ابنها كان صغيرا ، وما ثبت من أنه عليه الصلاة والسلام أعتق السيدة صفية رضي الله عنها فجعل صداقها عتقها ٠

والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي صلي الله عليه وسلم أنها علي الخصوص حتى يدل الدليل علي العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعني صلي الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الإمام الأعظم ٠ (١)

١ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ـ كتاب النكاح ـ ص ٣٩٢

المبحث الثاني

هل تثبت الولاية علي السفيه

في العرف الفقهي يصبح الشخص كبيرا متي بلغ النكاح وعندئذ إن انس منه الرشد لم يعد لأحد عليه سلطان ، فإذا بلغ الشخص عاقلا رشيدا انتفت كل ولاية علي شخصه وماله ، وإذا بلغ مجنونا استمر حق الولي عليه فيتصرف عنه دون إذن منه متي كان في تصرفه نفع في المولي عليه فاقد العقل ٠

في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال ذكرها العلامة ابن قدامة في كتابه المغني :

الأول :

أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلي النكاح لأنه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه ٠

والثاني :

أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ٠

والثالث :

إذاتزوج بغير إذن فقال البعض أنه يصح النكاح إذا كان محتاجا إليه وقال البعض لايصح لم يجز النكاح لأنه إتلاف لماله في غير فائدة ٠ (١)

والمولي عليه بالسفه : ممنوع من التزوج إلا بإذن وليه ، لأن الحجر يمنع من التصرف في العقود ، فإن لم يكن به إلي النكاح حاجة لم يجز له أن يتزوج ولا لوليه أن يزوجه لما فيه من التزام المهر والنفقة بغير حاجة ٠

١- المغني لابن قدامه - كتاب النكاح - ج ٧ ص ٤٦٢ و ٤٦٣

وقال الماوردي (١) :

إن كان به إلي النكاح حاجة إما بأن يري يتوثب علي النساء لفرط الشهوة وإما ن يحتاج خادم وخدمة النساء أوفق له وأرفق به ، فيجوز لوليه في هاتين حالتين أن يزوجه لأنه مندوب إلي القيام بمصالحه التي هذا منها وليصده عن واقعة الزنا الموجب للحد والمؤثم !! ٠وإذا كان ذلك كذلك فوليه بالخيار : ين أن يزوجه بنفسه وبين أن يأذن له في التزويج ، فإن زوجه الولي جاز أن عقد له النكاح علي من يختارها له من الأكفاء ولا يلزمه استئذانه فيه لأن ذلك ن مصالحه التي لا تقف علي إذنه كما لا يقف علي إذنه ما عقده من بيع شراء ٠ وأما إن أذن له الولي في التزويج ليتولاه السفيه جاز ذلك وقد اختلف فقهاء : هل علي وليه عند إذنه له بالنكاح أن يعين له - أي يحدد - علي المنكوحة أم لا اختلفوا علي ثلاثة أوجه :

وجه الأول : يلزمه أن يعين له المنكوحة ليقطع اجتهاده في العقد حتي لا ينكح ن يعظم مهرها ٠

وجه الثاني :أن يعين له في القبيلة أو العشيرة -وليس عليه أن يعين له علي لمرأة من نساء القبيلة لأنه يقف علي اختيار النفوس ٠

١- هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي أقضي قضاة عصره ٠ من العلماء لباحثين أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة ولد سنة ٣٦٤ هجرية في البصرة وانتقل إلي غداد وولي القضاء في بلدان كثيرة ثم جعل أقضي القضاة في أيام القائم بأمر الله العباسي كان يميل إلي مذهب الإعتزال وله المكانة الرفيعة عند الخلفاء ، وربما توسط بينهم وبين لملوك وكبار الأمراء في ما يصلح خللا أو يزيل خلافا ٠ نسبته إلي بيع ماء ورد ووفاته ي بغداد سنة ٤٥٠ هجرية ٠ من كتبه : أدب الدنيا والدين والحاوي في فقه الشافعية وهو ف وعشرون جزءا ٠ وأعلام النبوة والأمثال والحكم والإقناع وقانون الوزارة وسياسة ملك وغير ذلك ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٥ ص ١٤٦ و ١٤٧ }

الوجه الثالث : ألا يلزمه أن يعين مطلقا لأنه ليس بأسوء حال من العبد المأذون له بالزواج ٠ فأما إذا نكح السفيه بغير إذن وليه فهذا علي ضربين :

أحدهما : ألا يكون قد أعلم وليه ولا استأذنه فمنعه من النكاح فنكاحه باطل لأن ثبوت الحجر يمنع جواز التصرف في العقود ٠

والضرب الثاني : أن يكون السفيه قد سأل وليه فمنعه واستأذن فلم يأذن له ففي نكاحه وجهان :أحدهما :باطل لتأثير الحجر في عقوده ، والثاني :أن النكاح جائز لأنه حق علي الولي فإذا منعه منه جاز أن يستوفيه بنفسه ٠ (١)

هذا نص عبارة الماوردي :

وقد نقلته مع طوله لتتبدي لنا علة الولاية علي السفيه وهي كما قد ذكر حفظ ماله وهي مصلحة معتبرة ، إلا أنه ينبغي أن تراعي معها مصلحة أخري ذكرها في كلامه وهي اختيار النفوس فلا يزوج بمن لا يريدها أو دون استئذانه حتي لا يكون أسوء حالا من العبد لأن العبد في رأيهم مكلف فلا ينبغي أن يجبر ٠

ثم إن ما يبرمه الولي من عقود لمصلحة السفيه يلزم السفيه في ماله وقد قالوا : لا يزيد الولي المنكوحة علي مهر المثل ولم يلزموا السفيه المأذون له بأكثر من مهر المثل فلتكن هذه قاعدة الحماية خاصة وأن مقصود الحجر علي السفيه حفظ ماله دون النكاح ٠ (٢)

وثمة رأي :**هو أن عبارة الشافعي** : {زوجه وليه فإن أذن له فجاوز مهر المثل رد الفضل } نص في مباشرة العقد لا الإجبار علي الزواج لمن يختار أو يعين الولي وإن صح هذا كان التخريج علي قوله قد جاوز مراده ٠

١- الحاوي الكبير ج ١١ ص ١٠١ و١٠٣ -وأنظر في كل ما سبق ذكره الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٢٣ و ٢٢٤

٢- الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٢٣ و ٢٢٤

علي أساس ذلك فإنه لا مجال للقول بثبوت ولاية الإجبار علي البالغ السفيه ليل يقوي علي الرد أو مصلحة يخشي فواتها لأن زواجه في كل الأحوال مقيد من حيث الغرم المالي بمهر المثل ٠ (١)

إن صح هذا فإن ما يراه الجمهور من نفي الولاية عليه في هذا الجانب أولي لأن الولاية تكليف استثنائي لزم علي خلاف القاعدة الشرعية : {ولا تكسب كل نفس إلا عليها } ٠ (٢)

وهي تقرر كما يقول بن حزم (٣) :

حكما عاما يمنع من جواز عقد أحد علي أحد إلا أن يوجب إنفاذ ذلك نص قرآن أو سنة ، ولا نص ولا سنة في جواز إنكاح الولي للمولي عليه السفيه (٤)٠

١- الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٢٣ و ٢٢٤

٢- سورة المائدة آية رقم ١٦٤

٣- هو الإمام علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري إمام ومؤسس المذهب الظاهري ولد بمدينة قرطبة بالأندلس سنة ٣٨٤ هجرية وتوفي سنة٤٥٦ هجرية عالم الأندلس في عصره وأحد أئمة الإسلام وقد كان في الأندلس خلق كثير ينتسبون إلي مذهبه ويقال لهم الحزمية كانت له ولأبيه من قبله رياسة الوزراء وتدبير المملكة فزهد فيها وانصرف إلي العلم والتأليف فكان من صدور الباحثين فقيها حافظا يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة بعيدا عن المصانعة وانتقد كثير من العلماء والفقهاء فتمالأوا علي بغضه وأجمعوا علي تضليله وحذروا سلاطينهم من فتنته ونهوا عوامهم عن الدنو منه فأقصته الملوك وطاردته فرحل إلي بادية لبلة من بلاد الأندلس فتوفي فيها ٠ له مصنفات كثيرة من أشهرها المحلي لابن حزم والناسخ والمنسوخ والمفاضلة بين الصحابة ٠ { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٥ ص ٥٩ }

٤- المحلي لابن حزم ج ١١ ص ٤٢ و ٤٣ - وأنظر أيضا في كل ذلك الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٢٣ و ٢٢٤

الـــفـــصـــل الـــرابـــع

ترتيب الأولياء وشروطهم ومراتب تزويجهم وحكم عقد زواجهم والأدلة علي كل ذلك

الـــمـــبـــحـــث الأول

تـــرتـــيـــب الأولـــيـــاء

القاعدة العامة في ثبوت الولاية أنها تكون : للأقرب فالأقرب من العصبات وعصبة الشخص هم : أقاربه من الرجال الذين ينتسبون إليه عن طريق الرجال سواء وجدت قرابة النساء أم لم توجد ، فالمدار علي ثبوت صفة العاصب هو وجود قرابة الرجال ، أي بحيث لا تكون قرابة النساء هي الوحيدة ، فإن كانت كذلك انتفت صفة العاصب ، وهذه القرابة قد تكون مباشرة مثل قرابة الابن والأب ، ومثال توسط القرابتين معا : الأخ الشقيق والعم حيث ينتسبان إلي قريبهم بواسطة قرابة الرجال وقرابة النساء والأساس هي القرابة الأولي ، ومثال توسط قرابة الرجال فقط : الأخ والعم لأب

أما إذا كانت قرابة الأنثي هي الوحيدة : فإن القريب لا يعد عاصبا مثل الأخ لأم والخال وهكذا ، فالأصل في العصبة أن يكونوا من الذكور الذين ينتسبون إلي بعضهم عن طريق قرابة الرجال ولذلك يقال لهم العصبة بالنفس ٠ (١) وأحق الناس الذين لهم ولاية النكاح بنكاح المرأة : أبوها وذلك لأن الولد منسوب لأبيه وقد قال سبحانه وتعالي : { ووهبنا له يحي } ٠ (٢)

١- الدكتور يوسف قاسم المرجع السابق ص ١٨٩

٢- سورة الأنبياء آية رقم ٩٠

قال إبراهيم عليه السلام : قال سبحانه وتعالي : { الحمد لله الذي وهب لي علي الكبر إسماعيل وإسحاق } ٠ (٣) وقال صلي الله عليه وسلم : { أنت ومالك لأبيك } ٠ (٤) وإثبات ولاية الموهوب له علي الهبة أولي من العكس لأن الأب أكمل شفقة وأتم نظراً ٠٠وقال ابن هبيرة : إن الفقهاء علي أن لولاية في النكاح لا تثبت إلا لمن يرث بالتعصيب ولكن خالفه أبو حنيفة وقال إن الولاية تثبت للعصبات وغيرهم من أولي الأرحام علي التفصيل التالي :

ينقسم الأقارب عند محاولة ترتيبهم إلي قسمين رئيسيين :

لقسم الأول هو :الأقارب من جهة العصبات ، والقسم الثاني :هو الأقارب من غير العصبات ٠ وسوف أتناول الحديث عن هذين القسمين فيما يلي :

أولا : الأقارب من جهة العصبات :

لعاصب هو كل قريب ينتسب إلي المولي عليه بواسطة الرجال فلا يفصل بينه وبين المولي عليه أنثي وهم بالترتيب :

١- جهة البنوة وتشمل :

الأبناء من الفروع الذكور وإن نزلوا كالابن وابن الابن ٠٠٠ الخ

٢- جهة الأبوة وتشمل :

الآباء وإن علوا من الأصول الذكور كالأب وأب الأب ٠٠٠ الخ

٣- جهة الأخوة وتشمل :

الاخوة فروع الأب وإن علوا كالأخ الشقيق والأخ لأب وأبنائهم ٠

٤ - جهة العمومة وتشمل :

العمومة فروع الجد الصحيح من الذكور وهم الأعمام الأشقاء والأعمام لأب وأبناءهم وإن نزلوا ٠

٣- سورة إبراهيم آية رقم ٣٩

٤- المغني لابن قدامه والشرح الكبير ج ٧ ص ٤١١

والأصل أن المرتبة الأعلى تسبق ما تليها حسب الترتيب المذكور فجهة البنوة تسبق جهة الأبوة وجهة الأبوة تسبق الأخوة وجهة الأخوة تسبق العمومة وهكذا فإن اجتمع أكثر من قريب في جهة واحدة : قدم الأقرب درجة كالابن علي ابن الابن والأب علي الجد وهكذا ٠٠ وذلك علي النحو الموضح تفصيلا آنفا ٠ (١)

ثانيا : الأقارب من غير العصبات :

ويطلق عليهم ذوو الأرحام وهم :أقارب المولي عليه عن طريق النساء كالأم والبنت وبنت الابن وبنت البنت ٠ وتثبت ولاية الأقارب من غير العصبات علي المولي عليه وفق هذا الترتيب عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله : لذوي الأرحام وهم كما سبق ذكره آنفا أقارب المولي عليه من جهة النساء مثل الأم والبنت وبنت الابن لأن هؤلاء هم أكثر شفقة وأقدر علي رعاية المصلحة من القاضي وذلك لقوله تعالي : { وأولوا الأرحام بعضهم أولي ببعض } ٠ (٢)

أما عند الصاحبين : فإن الولاية عند عدم وجود عاصب :لا تنتقل إلي الأقارب من غير العصبات لأن النبي صلي الله عليه وسلم قال : {الإنكاح إلي العصبات }، فالإنكاح ثابت لجنس العصبات ولا يتعدى إلي غيرهم ، ولأن أثر النكاح يتعلق بهم إيجابا وسلبا ٠(٣)

أسس الترجيح بين جهات العصبة بالنفس :

من جميع كل سبق ذكره نستطيع أن نستخلص أسس الترجيح بين جهات العصبة وأيضا غير العصبات وذلك علي النحو التالي مع مراعاة الخلاف بين الفقهاء السابق ذكره آنفا :

١- الدكتور نبيل سعد الشاذلي المرجع السابق ص ١٣٩ : ١٤٠

٢- سورة الأنفال من الآية رقم ٧٥

٣- فتح القدير ج ٢ ص ٢٧٧

أولا :

كل جهة من الجهات الأربع السابقة مقدمة علي الجهات التي تليها فيقدم العصبات من جهة البنوة علي العصبات من جهة الأبوة والأخوة والعمومة ويقدم العصبات من جهة الأبوة علي العصبات من جهة الأخوة والعمومة وهكذا

ثانيا :

إذا تعددوا وكانوا من جهة واحدة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الأب علي ا لجد والأخ علي ابن الأخ ... وهكذا .

ثالثا :

إذا تعددوا وكانوا متحدين ومتساويين في الجهة والدرجة قدم أقواهم قرابة :

فيقدم الأخ الشقيق علي الأخ لأب ، والعم الشقيق علي العم لأب ، وابن العم الشقيق علي ابن العم لأب .. وهكذا .

رابعا :

إذا تعددوا وكانوا متحدين ومتساويين في الجهة ودرجة القرابة وقوتها :

فإنه تثبت الولاية لكل واحد منهم والعقد صحيح ، فأيهم تولي عقد الزواج كان صحيحا ، فإذا تولاه اثنان وعلم السابق منهما صح الأول وبطل الثاني .

فإذا جهل السابق منهما بطل العقدان معا ، وكذلك يبطل العقدان إذا وقعا في وقت واحد لعدم المرجح لواحد منهما علي الآخر .

خامسا :

أما إذا لم يوجد واحد من العصبات المذكورين فقد اختلف فقهاء الحنفية في ذلك علي رأيين :

الرأي الأول :

لأبي حنيفة رضي الله عنه ـ وعنده ـ تنتقل ولاية التزويج إلي الأقارب من غير العصبات علي الترتيب الآتي :

الأم - فالجدة أم الأب - فالجدة أم الأم - فالبنت - فبنت الابن - فبنت البنت فالجد أبو الأم (الجد غير الصحيح) - فالأخت الشقيقة - فالأخت لأب - فالأخ لأم والأخت لأم - فأولاد الأخوات علي الترتيب السابق - فالعمات من أي جهة فالأعمام لأم - فالأخوات - فالخالات - فأولادهم •

الرأي الثاني :

للصاحبين أبي يوسف ومحمد : وعندهما تنتقل ولاية التزويج إلي الحاكم عند عدم القريب العاصب ، لقوله صلي الله عليه وسلم فيما رواه الإمام علي : {الإنكاح إلي العصبات }، وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام : { السلطان ولي من لا ولي له } • (١) وبهذا تنتقل ولاية التزويج من العصبات إلي الحاكم

سادسا :

إذا لم يوجد عاصب مطلقا أو قريب من غير العصبات انتقلت ولاية التزويج إلي الحاكم ويقوم القاضي مقام الحاكم في ذلك •• ويقول أبو حنيفة رضي الله عنه أن الولاية قد شرعت لمصلحة المولي عليه •ومن مصلحته إثباتها لأقاربه من غير العصبات لأنهم أوفر شفقة وأكثر معرفة ودراية بمصلحته وأحواله من القاضي الذي لا تربطه بالمولي عليه رابطة من القرابة التي تدعو إلي الشفقة ولا يتسع وقته لاستقصاء الظروف التي تحيط بزواجه كالقريب ، ثم أنهم يعنون بهذه المصاهرة ويتأثرون بها كما يتأثر القريب العاصب ، بل قد يكون ذلك أقوي وأظهر في بعضهم كالأم من بعض العصبات الذين تبعد قرابتهم • أما حديث الإمام علي الذي استدل به الصاحبان ، فإنما يثبت الولاية للعصبات عند وجودهم •• فإذا لم يوجد أحد منهم كانت الولاية لغيرهم من الأقارب وليس في الحديث ما ينفيها • (٢)

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٢٦٥٩ - ج ٦ - ص ١٣٩

٢- الدكتور محمد نبيل الشاذلي المرجع السابق ج ١ ص ١٤٠ وما بعدها - بتصرف -

والأصل الذي قام عليه الخلاف بين الإمام أبي حنيفة والصاحبين هو :أن الإمام يري أن سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة ، أما الصاحبان فيريان :أن سبب الولاية هو التعصيب لأن العصبات هم قبيلة المولي عليه الذين ينـ الهم عار الزواج أو فخاره ، ولأن النبي صلوات الله وسلا مه عليه قال : {الإنكاح إلي العصبات } فقد قصر الإنكاح عليهم فكان التعصيب هو السبب ..

ووجهة نظر الإمام أبي حنيفة رحمه الله في اعتبار الشفقة في القرابة سببا للولاية :لأن هذه الولاية لمصلحة المولي عليها أولا ، وهؤلاء أولي من السلطان لأنهم أكثر عناية بالمصلحة منه بمقتضي صلة القرابة الشفيقة .

وعلي ذلك فإنه علي حسب رأي الحنفية وهو رأي الإمام أبي حنيفة :

أنه إذا لم يكن للقاصر عصبات فإن الولاية في هذه الحالة تنتقل إلي بقية الأقارب وذلك علي حسب قوة قرابتهم فتنتقل إلي الأم ثم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم أولاد بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الجد أبي الأم ثم الأخت لأب ثم الاخوة والأخوات لأم ثم أولاد هؤلاء وذلك علي الترتيب السابق ذكره آنفا ، ثم لسائر ذوي الأرحام وهم : العمات ثم الأخوال والخالات ثم بنات الأعمام ثم أولاد السابقين .

والعمل في مصر يجري وفقا للمذهب الحنفي في ثبوت الولاية للعصبات بالنفس حسب ترتيبهم في الميراث فإذا لم يوجد أحد من العصبات بالنسب تنتقل الولاية إلي القاضي ، حيث قضت المادة ٢٨ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة١٩٣١ المشتمل علي لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأن : { تزويج من لا ولي له من الأيتام وغيرهم يكون من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة كل في دائرة اختصاصهم } . (١)

١ـ الدكتور عبد العزيز رمضان سمك ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٣

المبحث الثاني

شروط الولي

إن ولاية إنسان علي آخر شئ خطير وليس بالهين والشارع الحكيم إذ جعل ولاية بعض الأشخاص علي غيرهم في حالات محدودة فهو إنما جعلها لمصلحة المولي عليه ولما يحقق الأغراض النافعة له ، وفي المقابل لم يترك الشارع الحكيم أمر الولي هكذا بدون ضوابط ، بل جعل هناك شروطا في الولي لا تنعقد له الولاية علي غيره بدون توافرها ٠

هذا وقد اشترط الفقهاء شروطا عدة في الولي أوجزها فيما يلي :

الشرط الأول :

يشترط في الولي أن يكون كامل الأهلية بالغا عاقلاً :

وذلك حتي يتسني له مباشرة ولايته علي النحو الأفضل فلا يكون الولي صغيرا ولا مجنونا لأن مثل هؤلاء لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره من باب أولي ٠

الشرط الثاني :

اتحاد الولي في الدين مع المولي عليه :

يشترط كذلك أن يكون الولي متحدا في الدين مع المولي عليه فلا ولاية لغير المسلم علي المسلم ، وإن كانت الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم علي الكافر كولاية السلطان مثلا ، قال الحق سبحانه وتعالي : {ولن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا } ٠ (١)

وقال سبحانه وتعالي : { والذين كفروا بعضهم أولياء بعض } ٠ (٢)

١- سورة النساء آية رقم ١٤١

٢- سورة الأنفال آية رقم ٧٣

ولأن ولاية التزويج مبناها علي الإرث ، وهو لا يكون مع اختلاف الدين ، وقال الحق سبحانه وتعالي : { لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين } ٠ (١) وأيضا قوله سبحانه وتعالي : { يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود و النصاري أولياء بعضهم أولياء بعض } ٠ (٢)

ولأن رسول الله صلي الله عليه وسلم عندما أراد أن يتزوج من السيدة أم حبيبة {رملة بنت أبي سفيان } بعد هجرتها هي وزوجها إلي الحبشة ثم تنصر زوجها ومات علي ردته ، وأراد النبي أن يتزوجها إكراما لها خطبها صلي الله عليه وسلم من النجاشي ملك الحبشة وتولي أمر تزويجها من كان أقرب من عصبتها من المسلمين وهو خالد بن سعيد بن العاص ٠

فدل ذلك : علي عدم ولاية الكافر علي المسلم وإلا لتولي أبوها أو أخوها أمر تزويجها وهو ما لم يحدث لأنهما كانا كافرين لم يسلما بعد ٠ (٣)

وقد ذكر الكمال بن الهمام (٤) في فتح القدير أنه :

وكما لا تثبت الولاية لكافر علي مسلم فكذا لا تثبت الولاية لمسلم علي كافر أعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف بالمال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا ٠

---

١ - سورة آل عمران آية رقم ٢٨

٢ - سورة المائدة آية رقم ٥١

٣ - الدكتور محمد نبيل سعد الشاذلي المرجع السابق ص ١٢٩

٤ - هو الإمام محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم الإسكندري كمال الدين المعروف بابن الهمام ولد بالإسكندرية سنة ٧٩٠ هـ وتوفي بالقاهرة سنة ٨٦٠ هجرية إمام من علماء الحنفية عرف بأصول الديانات والتفسير كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر وكان معظما عند الملوك وأرباب الدولة ٠ ومن أشهر مصنفاته فتح القدير في شرح الهداية { ترجمة الأعلام لخير الدين الزركلي ج٧ ص١٤٣ و ١٣٥ }

الشرط الثالث :

أن يكون الولي قادرا علي مباشرة التصرفات التي تدخل في ولايته مع أمانته لأن المقصود من الولاية تحقق مصلحة المولي عليه وهي لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة • (١)

الشرط الرابع:

يجب أن لا يكون الولي مأفوناً عديم الرأي أو مشهورا بسوء الاختيار •

وذلك لأن ولاية التزوج نظرية كما يقول الحنفية والذي لا رأي له أو سئ الاختيار يكون نظره غير معتبر في هذه الولاية لأنه لا يتحري مصلحة المولي عليه بل قد يلحق به الضرر •

الشرط الخامس :

عدالة الولي :

يشترط في الولي أن يكون عادلا :

والعدالة هي الاستقامة في أمور الدين والدنيا بأن يكون المسلم مؤديا للفرائض ومجتنبا للكبائر غير مصر علي الصغائر وأن يكون تاركا للأمر المباح الذي يخدش الحياء •

والعدالة نوعان :

أولهما : عدالة الظاهر :

وهي تتحقق بالإسلام لأن المسلم عدل في ظاهره إذا لم يعلم عنه ما يفسقه ويسمي مستور الحال •

والثانية : عدالة باطنة :

وهي أن يكون مؤديا للواجبات ممتنعا عن الكبائر في الظاهر و الباطن وتعرف بالتحري عنه بواسطة المزكين له من أهل مسجده وقريته وسوقه وجيرانه •

---

١ ـ الدكتور محمد نبيل سعد الشاذلي المرجع السابق ص ١٢٩

والمقصود بشرط العدالة في الولي :

هو العدالة الظاهرة : ذلك لأن اشتراط العدالة في الباطن فيه حرج ومشقة ويفضي إلي فوات الكفء • (١)

هذا وقد اختلف الفقهاء في حكم ولاية الفاسق :

فالحنفية :

ذهبوا إلي أنه لا تشترط العدالة في الولي لأن له الولاية القاصرة التي يتمكن بها من تزويج نفسه فتكون له الولاية المتعدية علي غيره ، والمعول عليه في الولاية تحقيق مصلحة المولي عليه مع وفور شفقته عليه والفسق لا يحول دون ذلك • وقد قالوا بأنه تصح ولاية الفاسق وعقد النكاح بولايته صحيح • (٢)

أما المالكية :

فقد ذهبوا : إلي أن العدالة ليست شرط صحة في عقد الزواج بل هي شرط كمال فإن فسق الولي لا يسلب الولاية منه بل يسلب كمالها فإن كان معه ولي عدل في نفس درجته كان الولي العدل أولي منه بإبرام النكاح • (٣)

وأما الشافعية والحنابلة :

فيرون وجوب العدالة في ولي النكاح ، وعلي هذا فإن الولي الفاسق لا يصلح لمباشرة عقد النكاح في رأيهم •

وقال بعضهم : أن الفاسق إذا كان مجبرا مثل الأب والجد فهو يزوج بالولاية أما إن كان غير مجبر : فهو يكون مثل الوكيل هنا ويحق له أن يزوج •

ولكن المشهور لا يصح أن يكون وليا بحال من الأحوال لحديث النبي صلي الله

١- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٣٠

٢- حاشية الدسوقي لابن عابدين ج ٣ ص ٢٣٠

٣- أنظر الدكتور عبد العزيز رمضان سمك المرجع السابق ص ١٥٤

عليه وسلم : { لا نكاح إلا بولي مرشد } ٠ (١) فيجوز التزويج من الولي الفاسق لقوله تعالي :{وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم } ٠ (٢) من غير فصل بين ولي عادل وغير عادل ، ولأن العرف قد جري علي تزويج الفساق لأولادهم ولا ينفي الفسق وجود الشفقة وتحري المصلحة والنظر فيمن لهم الولاية عليه ٠

ولأن الفاسق من أهل الولاية علي نفسه فيكون من أهل الولاية علي غيره أيضا فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم إلي يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير إنكار من أحد وفيهم الفاسق قطعا ٠ (٣)

الشرط السادس :

رشـــد الــولــي :

يري بعض الفقهاء اشتراط الرشد في الولي خشية ألا يختار لها الكفء ولحديث لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل والفاسق ليس بمرشد ولا يصلح وليا ٠(٤)

هذا وسأبين فيما يلي بإيجاز اختلاف الفقهاء في شرط رشد الولي :

قال المالكية :

أن الرشد شرط كمال بمعني أنه عند تعدد الأولياء يقدم الرشيد علي غيره ممن هو في درجته وليس السفه سببا لسلب الولاية ٠

ويقول ابن رشد في ذلك : وأما الرشد فالمشهور في المذهب : أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها : أعني الولاية ٠ (٥)

١- المغني والشرح الكبير لابن قدامه - كتاب النكاح - ج ٧ - ص ٤٢٢

٢- سورة النور آية رقم ٣٢

٣- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٣٢

٤- الدكتور عبد العزيز رمضان سمك المرجع السابق ص ١٥٤

٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد - كتاب النكاح - ص ٣٨٨

وأما فقهاء المذهب الحنفي : فقد ذهبوا إلي أن الرشد لا يعد شرطا في الولي مطلقا : لا شرط صحة ولا شرط كمال ذلك لأن حكم السفيه عند الإمام أبي حنيفة لا يجوز الحجر عليه إذا بلغ عاقلا ثم سفه وإن بلغ سفيها استمر الحجر عليه حتي يبلغ سن الخامسة والعشرين ٠ (١)

أما الشافعية : فيقولون أن المحجور عليه لسفه لا يجوز أن يباشر عقد النكاح لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلا يجوز أن يكون وليا لغيره ٠ ومنهم من قال أنه يجوز أن يكون وليا لأنه إنما حجر عليه في ماله خوفا من إضاعته٠(٢)

وأما الحنابلة : فقد ذكروا أن من شروط الولي الرشد لأن الرشد في باب الولاية هو معرفة الكفء ومصالح النكاح ، ومن ثم فالسفيه إن كان يحسن معرفة الكفء ومصالح النكاح صحت ولايته ٠ (٣)

هل يشترط في الولي أن يكون بصيرا ؟

لا يشترط أن يكون الولي مبصراً فتصح ولاية الأعمى : لأن شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمي ، وأيضا لأن المقصود بالنكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يحتاج إلي النظر ، وقيل يشترط لأنه قد يحتاج إلي النظر في اختيار الزوج لها لئلا يزوجها بمعيب أو دميم ٠

وقال جمهور الفقهاء :أن البصر ليس شرطا في الولاية ، ومن ثم فيصح النكاح بولاية الأعمى ٠

أما الشافعية : فلهم رأيان في ولاية الأعمى :

الرأي الأول : أنه لا يجوز لأنها ولاية تحتاج إلي البصر في اختيار الزوج ٠

١- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٣٣

٢- فتح القدير علي الهداية ج ٣ ص ٢٥٨

٣- كشاف القناع ج ٥ ص ٥٦

والرأي الثاني : نه يجوز وهو الصحيح لأن شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى عليه السلام ٠ (١)

وقد قال الشيرازي (٢) في المجموع :

وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان :

الوجه الأول : أنه يصح وذلك لأن الأعمى يجوز له أن يكون شاهدا ٠

و الثاني : أنه لا يصح لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظ العقد

هل يشترط في الولي أن يكون ناطقاً ؟

لا يشترط ذلك بل يجوز أن يلي الأخرس عقد النكاح إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في جميع العقود والأحكام فكذلك في النكاح أما إذا كانت إشارته غير مفهمة فليس بولي في النكاح أي لا يعتد بولايته في عقد الزواج (٣)

١ـ المجموع شرح المهذب للشيرازي ج ١٧ ص ٢٩٦ وما بعدها ـ وأنظر أيضا الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٣٣

٢ـ هو الإمام إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي أبو إسحاق العلامة المناظر ولد سنة ٣٩٣ هـ في فيروز اباد بفارس وانتقل إلي شيراز فقرأ علي علمائها وانصرف إلي البصرة ومنها إلي بغداد وظهر نبوغه في علوم الشريعة الإسلامية فكان مفتي الأمة في عصره واشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة وبني له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية علي شاطئ دجله فكان يدرس فيها ويديرها وله تصانيف كثيرة أشهرها المهذب في الفقه توفي ببغداد سنة٤٧٦ هـ { ترجمة الأعلام للزركلي ج١ ص٤٤ و ٤٥ }

٣ـ الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ١٦٣

المبحث الثالث

مراتب تزويج الأولياء وحكم عقد زواجهم

للأولياء في ولاية الإجبار مراتب أوجب الشارع الحكيم مراعاتها وذلك حرصا منه علي مصلحة المولي عليه ، كما أن حكم عقد زواج هؤلاء الأولياء في هذه الولاية يختلف من مرتبة لأخرى ٠

وسوف أتناول هنا بمشيئة الله تعالي في هذا المبحث : هاتين المسألتين الهامتين بادئا ببيان مراتب تزويج الأولياء ، ثم بعد ذلك أوضح حكم عقد زواجهم ٠ وذلك علي التفصيل التالي :

أولا : مراتب تزويج الأولياء :

من الأمور البديهية أن الولاية جعلت في الشرع لمصلحة المولي عليه ولذلك جعلها الشارع في الأقارب لوفور شفقتهم وشدة حرصهم علي تحقيق هذه المصلحة ٠

ومن ثم يمكننا أن نقرر أنه :

لو زوج كل من الأب أو الجد : المعروفين بحسن الاختيار كل من الصغير أو الصغيرة أو المجنون أو المجنونة بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر مثلا كان العقد صحيحا نافذا لازما ٠

ولا يمكن لأحد حتى المولي عليه نفسه إذا بلغ رشده أن يعترض علي هذا العقد وأن وفور الشفقة كما قدمنا مانع من تصور التهمة في حقهما ومن ثم يقبل منهما من التصرفات ما لا يقبل من غيرهما من سائر الأولياء ٠

ولذلك يقبل تصرفهما ولو كانا معروفين بسوء الاختيار ويكون صحيحا نافذا لازما متي كان الزواج بكفء وبمهر المثل ٠

أما إذا كان الزوج غير كفء أو كان المهر دون مهر المثل بالنسبة للزوجة أو أكثر من مهر المثل بالنسبة للزوج فحينئذ يكون العقد غير لازم •

ومن ثم يكون لصاحب المصلحة أن يعترض عليه لأنه لا يوثق حينئذ بأنهما قد تجاوزا عن كل من الكفاءة أو مهر المثل إلي ما هو خير منهما مع التسليم بوفور شفقتهما ولأن سوء اختياره حينئذ لا تعارضه الشفقة التي تظن به • (١)

وبالنسبة للأولياء غير الأب والجد كالأخ وابن العم وما أشبه كالقاضي فهؤلاء يلزم أن تكون تصرفاتهم وعقودهم في الزواج في مصلحة المولي عليه •

بحيث إذا تم الزواج بغير كفء أو تم الزواج بأقل من مهر المثل كان العقد باطلا إذ ليس لواحد منهم ما للأب أو الجد من وفرة الشفقة حتي يظن أنه ترك ذلك إلي ما هو خير منه بالنسبة للصغير مثلا •

وإذا انعقد الزواج بالكفء وبمهر المثل كان العقد صحيحا موقوفا علي إجازة صاحب الشأن بعد البلوغ والعلم بالزواج ، فإن أجازه نفذ ، وإن اختار فسخه كان له هذا بحكم القضاء وذلك ليتدارك الضرر والغبن الذي لحق به من جراء هذا التصرف • (٢)

ولذلك يكون العقد صحيحا منتجا لآثاره إلي أن يحكم القاضي بفسخه ، ولذلك لو مات أحدهما قبل الآخر توارثا ويثبت المهر بالدخول كما تلزم النفقة إلي أن يصدر الحكم بالفسخ •

ثانيا : حكم عقد زواج الأولياء :

بعد أن استعرضت فيما سبق بيان مراتب تزويج الأولياء تفصيلا فإنني أود أن أوضح هنا حكم زواج الأولياء في ولاية الإجبار وهل ينفذ أم لا ؟ ؟

١- مبادىء القضاء الشرعي للأستاذ أحمد الجندي ص ١١٩٢ و ١١٩٣

٢- الدكتور عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص ١٨

ولبيان ذلك رأيت أن أقوم بتقسيم ذلك إلي ثلاثة أنواع لتكون كالتالي :

النوع الأول :

الآباء والأبناء المعروف عنهم حسن السمعة وصحة التدبير والاختيار :

فإذا ما زوج أحد من هؤلاء الأولياء مولي عليه ممن هو تحت ولايته فإن حكم عقده يصبح نافذا لازما ، وذلك لأن ما يتمتعون به من سمعة حسنة وعظم إدراك وحسن اختيار يكفي لتحقيق المصلحة في عملية الزواج ، كما أن ما بداخلهما من رحمة وعظيم الشفقة علي الأولياء يمنع التهمة في حقهما ، وهذا الزواج لا يسري عليه خيار البلوغ والإفاقة بالنسبة للصغير والمجنون حتي وإن كان الزواج بغير كفء وبأقل من مهر المثل ، ذلك لأن الضوابط التي يبنون عليها عقد الزواج في نظرهم أقوي من مراعاة الكفاءة أو المثلية في المهر .

النوع الثاني :

الآباء والأبناء المعروف عنهم سوء السمعة والاختيار :

فإذا ما زوج أحد هؤلاء الأولياء مولي عليه ممن هو تحت ولايته فلبيان حكم عقده يتم التفرقة بين حالتين : الحالة الأولي : أنه إذا كان الزواج بكفء وبمهر المثل صح الزواج وترتب عليه آثاره ، والحالة الثانية : أنه إذا كان الزواج بغير كفء وبأقل من مهر المثل لم يصح الزواج ، وهذا شئ بديهي وطبيعي طالما عرف عن الولي الفساد وسوء الرأي فيكون من اللائق مراعاة المصلحة الظاهرة للمولي عليه وهي تتحقق حتما في الكفاءة وفي مهر المثل .

النوع الثالث :

الأقارب غير الآباء والأبناء من العصبات كالاخوة والأعمام :

فإذا ما زوج أحد من هؤلاء الأولياء مولي عليه ممن هو تحت ولايته فإن حكم عقده يكون صحيحا إذا كان الزواج من كفء والمهر مهر المثل .

ووجه صحة عقد الزواج هذا أن الأولياء من الأقارب علي العموم لا يخلو من

الشفقة عليه إذا كان تحت ولايته ويرعى مصالحه وأما تقييد صحة عقد الزواج بالكفاءة ومهر المثل فسببها أن شفقة الأقارب لا ترقي إلي شفقة الآباء والأبناء ويسري في هذا العقد خيار البلوغ والإفاقة بالنسبة للصغير والمجنون ٠ (١)

فلكل من الصغير والمجنون ذكرا كان أو أنثي أيا منهما فلهما حق فسخ العقد عند البلوغ أو الإفاقة ، وهذا فيه تحقيق مصلحة كبيرة للصغير أو المجنون وصونا لحقوقهما من الافتئات عليها ، خاصة إذا عرفنا أن ضمائر بعض الناس قد تجعلهم يفتئتون علي مصالح من هم تحت ولايتهم فجعل الشارع هذا الحق لهم وهو حق الفسخ ، واستند الفقهاء إلي القول بحق الفسخ هذا بالنسبة للصغير والمجنون في حالة البلوغ والإفاقة إلي ما روي من أن النبي صلي الله عليه وسلم :عندما زوج أمامة بنت عمه الحمزة بن عبد المطلب من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة قال : { لها الخيار إذا بلغت } ٠ (٢)

علي أنه مما هو جدير بالذكر أن فسخ الزواج لا يتم إلا بحكم القاضي وذلك يكون بطلب من الصغير بعد البلوغ ومن المجنون بعد الإفاقة ٠

فعندئذ يتحقق القاضي من أن خيار البلوغ والإفاقة قد تم في مواعيده الشرعية وأن هناك رفضا للعقد فيحكم حينئذ بفسخ العقد ، أما إذا ثبت للقاضي أن الصغير أو المجنون قد رضي بالعقد صراحة أو ضمنا بأن أتي من الأعمال والتصرفات التي تدل علي رضاه بالعقد برغم علمه بحق الخيار وطلب الفسخ فإن القاضي هنا لا ينبغي له أن يحكم بفسخ العقد ذلك لأن رضاهما بعد البلوغ قد أسقط حق خيار البلوغ والإفاقة في حقها ٠ (٣)

١- فتح القدير لابن الهمام ج ٢ ص ٢٧٨

٢- نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص - ١٤٨

٣- أنظر في ما سبق : الدكتور الشحات الجندي المرجع السابق ص ٣٦٧ و ما بعدها

الفصل الخامس

عضل الولي وحكم عضله و غيبته وحكم غيبته وآراء الفقهاء المختلفة حول هذه المسائل و حكم الوصي في الزواج

المبحث الأول

عضل الولي

العضل :

هو امتناع الولي الأقرب عن تزويج المولي عليها إذا تقدم لها خاطب كفء ويدفع مهر المثل ٠ (١) فحينئذ تنتقل الولاية إلي القاضي علي الرأي الراجح في المذهب الحنفي ، لأن العضل ظلم والقاضي هو الذي يرفع المظالم ٠ (٢)

والعضل هو : منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه وقد نهي الله تعالي عن العضل فقال سبحانه وتعالي : {فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف} ٠ (٣)

وبعبارة أخري يمكن القول أن العضل هو :

منع الولي من تزويج من له حق ولاية تزويجه ، بشرط أن لا يقل المهر عن مهر المثل والزوج الذي يخطب يكون كفئا ، فأما إذا كان سبب امتناع الولي هو أن الزوج غير كفء ، أولأن المهر أقل من مهر المثل :فإنه لا يسمي في أي حالة من هاتين الحالتين عاضلا ٠

١- ابن الهمام - كتاب النكاح - ج ٣ - ص ١٥٩

٢- الدكتور عبد العزيز رمضان سمك المرجع السابق ص ١٥٩

٣- سورة البقرة آية رقم ٢٣٢

أما إذا عضل الولي موليته بدون سبب شرعي فإنه يكون ظالما لها ، فالعضل ظلم من الولي وحرام عليه وقد نهي الحق سبحانه وتعالي أولياء المرأة عن منعها من نكاح من ترضاه بدون سبب شرعي ، ولذلك قال سبحانه وتعالي :

{ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف } ٠ (١)

وفي هذا يقول الإمام الشافعي رحمه الله : هي أصرح آية في اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معني ، وسبب نزولها في معقل بن يسار :زوج أخته فطلقها زوجها طلقة رجعية وتركها حتى انقضت عدتها ورام رجعتها فحلف أن لا يزوجها له وقال :ففي نزلت هذه الآية : وزاد أبو داود : فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه ٠ (٢) فلو كان لها تزويج نفسها لم يعاتب أخاها علي الامتناع ولكان نزول الآية لبيان أنها تزوج نفسها ٠ (٣)

وإذا امتنع الولي الأقرب عن تزويج من في ولايته وكان كفئا والمهر مهر المثل كان عاضلا لامتناعه عن التزويج بغير حق والعضل ظلم والذي يرفع الظلم هو القاضي ولذلك تنتقل ولاية التزويج إلي القاضي بناء علي الرأي الراجح في مذهب الأحناف وإن كان البعض يري انتقال الولاية إلي من يليه وليس للولي أن يعضل موليته سواء طلبت الزواج بمهر المثل مثلا أو بدونه ما دام من تطلب الزواج منه كفئاً لها وبهذا قال الشافعي والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية لأن المهر خالص حقها وعوض يختص بها ، فلم يكن للأولياء الاعتراض عليها فيه كأجرة دارها ولأنه يمكنها أن تتنازل عن المهر كله بعد وجوبه فلأن تتنازل

١- سورة البقرة آية رقم ٢٣٢

٢- صحيح أبي داود ٢٠٨٧

٣- سبل السلام للصنعاني - باب النكاح - ص ٨١٢ و ٨١٣

عن بعضه أولي . ولأن المغالاة في المهور ليس من المرغوب فيه شرعا لقول النبي صلي الله عليه وسلم لرجل أراد أن يزوجه : { التمس ولو خاتما من حديد } ٠ (١)

ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : لو أن غلو المهر أو الصداق مكرمة في الدنيا أو تقوي عند الله كان أولاكم بها رسول الله صلي الله عليه وسلم

فأما إن طلبت التزويج بغير كفء لها فله منعها من ذلك ، ولا يكون عاضلا لها لأنها لو تزوجت من غير كفء كان له طلب الفسخ فلأن يمنعها منه ابتداءً من باب أولي ٠ (٢)

وقال أبو حنيفة :

للأولياء منعها من التزويج بدون مهر مثلها ولا يعد عضلا لأن في ذلك عاراً وفيه ضرر علي نسائها لنقص مهر مثلهن ٠ومن صور العضل المسقط لولاية الولي إذا امتنع الخطاب عن التقدم للخطبة بسبب شدة الولي لكن الظاهر هنا أنه لا حرمة علي الولي لأنه ليس له فعل في ذلك ٠ (٣)

ويفسق الولي بالعضل إن تكرر منه ذلك فإن تاب عن فسقه ورجع إلي الحق صح تزويجه لثبوت ولايته ٠

ولكن إن أصر عليه كان ظالماً وفي هذه الحالة تنتقل إلي من يناط به دفع الظلم وهو القاضي لأن السلطان ولي من لا ولي له ، وهو منقول عن المالكية والحنفية والشافعية وإحدى الروايتين عن أحمد والرواية الأخرى عنه تنتقل

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٩٠٧ - ص ٨٠٤ و٨٠٥

٢- ولكنها إذا عينت كفئا لها كزميل لها في الدراسة مثلا وتنطبق عليه جميع شروط الكفاءة واختار الولي لها كفئا آخر كابن عمها مثلا وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها ، أنظر في معني ذلك : المغني والشرح الكبير ج ٧ ص ٣٦٩ ٠

٣- كشاف القناع - كتاب النكاح - ج ٥ - ص ٥٤

الولاية إلي الأبعد إذا عضلها الولي الأقرب ، والقاضي إذ يقوم نيابة عن الولي العاضل { أي الممتنع ظلماً } ، فإن عقد القاضي يكون في قوة عقد ذلك الولي فإن كان الولي هو الأب كان العقد في قوة عقده وإذا كان هو الأخ كان في قوة عقده وهكذا وإنما يعد الولي ممتنعا بغير حق إذا كان ممتنعا مع وجود الكفء ومهر المثل بلا سبب يبرره شرعا ، ولأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : {فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له } ٠ (١) ولأن ذلك الامتناع لا يقل عن الإشتجار بل لا يخلو من اشتجار الأولياء عليه إذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء ولأن الامتناع من غير سبب شرعي يبرره ظلم وولاية رفع المظالم للقاضي فهو الذي يتولى العقد بالنيابة عن الولي الممتنع ٠ (٢)

وخلاصة القول في موضوع عضل الولي أنه :

إذا جاء لمن ثبتت عليها الولاية خاطب كفء وأمهرها مهر مثلها ، فامتنع الولي الأقرب من تزويجها منه ، فللعلماء في هذه الحالة رأيان :

الرأي الأول هو :أن الولاية تنتقل في هذه الحالة إلي القاضي ، وهذا الرأي هو المعتمد في مذهب الحنفية ٠

وأما الرأي الثاني فهو :أن الولاية تنتقل عنه إلي الولي الأبعد كما في حال غياب الولي الأقرب **والسبب في ذلك شيئان :**

الأول : أن العضل ظلم كما قلنا وولاية رفع المظالم عن الناس إنما هي حق القاضي ٠

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٩١٠ - ص ٨٠٩

٢- أنظر في ذلك الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ١٤٥

والثاني :أن الامتناع عن التزويج قد يكون لسبب معقول : كأن يكون الممتنع يري أن الزوج غير كفء والولي الأبعد يري أنه كفء ، وكأن يكون الولي الأقرب يريد بهذا الامتناع أن يزوجها من زوج آخر أصلح لها من هذا الخاطب فتدافع النظرين ، نظر الولي الأقرب ونظر الولي الأبعد فتنتقل إلي القاضي فعسي أن يري القاضي رأي الولي الأبعد ، ولو أنا جعلنا الولاية علي التزويج في هذه الحالة تنتقل إلي الولي الأبعد لكنا كأننا قد جعلنا أحد الخصمين حكما وعليه فاننا ندرك الفرق بين غيبة الولي الأقرب وامتناعه عن التزويج مع وجوده ٠ (١) أما إذا كان امتناع الولي لسبب مقبول كعدم الكفاءة أو لأن المهر أقل من مهر المثل فلا يعد عاضلا في هذه الحالة ولامحل لانتقال الولاية إلي غيره لعدم الظلم ٠

كما تنتقل الولاية إلي القاضي في حالتين :

الأولي : حين يمتنع الولي الأقرب عن تزويج المولي عليها إذا تقدم لها خاطب كفء ويدفع مهر المثل ٠

والثانية : في حالة ما إذا تساوي الأولياء في الجهة والدرجة والقوة وحدث تنازع بينهم قد يؤدي إلي فوات الخاطب الكفء ، فحينئذ تنتقل الولاية إلي القاضي وذلك لما روي عن السيدة عائشة : أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : {أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له } ٠ (٢)

١- فضيلة الشيخ محي الدين عبد الحميد المرجع السابق ص ٨٩

٢- الدكتور عبد العزيز سمك المرجع السابق ص ١٥٩

المبحث الثاني

غيبة الولي

الأولياء مرتبون ترتيبا متناسقا حسبما سبق وأن بينت آنفاً فكل ولي أقرب يحجب من بعده فالأخ يحجب ابن الأخ ، والأخ الشقيق يحجب الأخ لأب وهكذا ٠٠٠ ولكن تثور عدة أسئلة في هذا الصدد : فما هو العمل إذا غاب الولي القريب غيبة يخشى معها فوات الكفء إذا انتظر حضوره أو استطلع رأيه ؟؟ وإذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر إذا غاب من هو أقرب منه فهل تزول ولاية الغائب الأقرب ؟ ؟

ولتوضيح ذلك :أبدأ ببيان حكم غيبة الولي ثم أثني بذكر آراء الفقهاء الأربعة واختلافهم حول مسألة غيبة الولي وذلك علي النحو التالي :

حكم غيبة الولي

إن الأولياء مرتبون في استحقاقهم الولاية ترتيبا دقيقا : فهم مرتبون بحسب السبب الذي يستحقون به الولاية ، ثم بحسب جهتهم التي يدلون بها إلي المولي عليه ثم بحسب درجتهم في هذه الجهة ، ثم بحسب قوتهم في الدرجة ٠٠٠ فإنه لا يكون للبعيد منهم ولاية مع وجود من هو أقرب منه مستكملا لشروط الولاية ، فإذا كان أبو الصغيرة موجودا علي صفة الولاية لم يجز أن يتولى تزويجها أخوها أو عمها ، فلو زوجها أحدهما في هذه الحالة بغير توكيل من الأب : كان فضوليا وانعقد تزويجه موقوفا علي إجازة الأب برضاه دلالة أو صراحة لا بسكوته لكن إذا غاب الولي الأقرب المستكمل لشروط الولاية وكان الخاطب الكفء لا ينتظر حضوره ، ولا ينتظر استطلاع رأيه فإن الشريعة أباحت للأبعد منه الذي يليه في استحقاق الولاية أن يباشر التزويج

واعتبرت غيبته في هذه الحالة كعدم وجوده بتة ، ولا يبطل تزويج الأبعد إذا حضر الأقرب . وعلي ذلك يتبين لنا :

أن الولي الأبعد يتولى التزويج مع وجود الولي الأقرب في ثلاثة مواضع هي :

الأول : أن يوكله الأقرب في التزويج .

والثاني : أن يغيب الأقرب غيبة لا ينتظر الخاطب الكفء معها استطلاع رأيه

والثالث : أن يكون الأقرب غير مستكمل لشروط الولاية . (١)

آراء الفقهاء الأربعة في غيبة الولي :

اختلف الفقهاء الأربعة في مسألة غيبة الولي : وسأعرض لاحقا رأي كل فريق منهم علي التوالي :

أولا : رأي الحنفية :

ذهب الحنفية إلي أنه إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة بحيث لو انتظرنا رأيه لفات الخاطب الكفء تنتقل الولاية إلي من هو أبعد منه فيجوز له أن يزوج . فلو غاب الأب مثلا كان للجد أن يزوج لأنه أقرب من الحاكم ، ولأن هذه الولاية نظرية وليس من النظر أن يتولاها من لا ينتفع برأيه بغيبته فتنتقل إلي الأبعد .

وقال زفر (٢) **من كبار الحنفية :**

بل تظل ولاية الأقرب قائمة رغم غيبته ولا يزوجها أحد حتي تبلغ لأن الولاية تثبت حقاً له صيانة للقرابة فلا تبطل لغيبته ولهذا لو زوج حيث هو جاز ذلك .

---

١ ـ أنظرفي ذلك بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ـ كتاب النكاح ـ ص ٣٩٠

٢ ـ هو الفقيه الحنفي زفر بن الهذيل بن قيس العنبري من تميم ، أبو هذيل : فقيه كبير من أصحاب الإمام أبو حنيفة أصله من أصبهان ، أقام بالبصرة وولي قضائها وتوفي بها . كان من أصحاب الحديث وهو قياس الحنفية وكان يقول : نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر وإذا وجد الأثر تركنا الرأي . ولد سنة ١١٠ هجرية وتوفي رحمه الله سنة ١٥٨ هجرية { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٢ ص ٧٨ }

ثانيا : رأي المالكية :

قال المالكية : أنه إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلي الأبعد ، وينظر في غيبة الأب عن ابنته البكر إلي ثلاثة حالات هي :

أولاهما : بعد المكان وطول الغيبة •

والثانية : قرب الولي والجهل بمكانه •

والثالثة : حاجة البنت إلي النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وإما للأمرين جميعا •

في هذه الحالات المذكورة آنفا اتفق فقهاء مذهب المالكية علي أنه :

إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة : أنها إن لم تدع إلي التزويج لا تزوج وإن دعيت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه •

واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيدا وذلك علي النحو التالي؟

فقيل تزوج وهو قول مالك ، وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب •

وأما إن عدمت النفقة أو كانت في غير صون : فقد قال المالكية :

أنها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة : أعني في الغيبة البعيدة ، وفي الأسر وفي الجهل بمكانه وكذلك إن اجتمع الأمران فإذا كانت في غير صون تزوج وإن لم تدعي إلي ذلك ، وأما إذا كان الغائب هو الولي غير المجبر كالأخ والجد ومن إليهم : فإذا كانت الغيبة قريبة واحتاجت إلي الزواج من كفء وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والكفاءة زوجها الحاكم لأنه وكيل الغائب • وله أن يزوجها إذا كانت الغيبة بعيدة من باب أولي وهذا بطبيعة الحال إن لم يكن للغائب وكيل يقوم مقامه في ولاية التزويج لأن الوكيل بمثابة الأصيل • (١)

---

١ ـ فضيلة الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد المرجع السابق ص ٨٨ وما بعدها

ثالثا : رأي الشافعية :

قال الشافعي : إن غاب الولي الأقرب إلي مسافة القصر ولا وكيل له حاضر في البلد تنتقل الولاية إلي السلطان أو نائبه كالقاضي ولا تنتقل للأبعد لأن الغائب ولي والتزويج حق له فإذا لم يباشره بنفسه أو بوكيله ناب عنه الحاكم ، وإن غاب الولي إلي مسافة تقصرفيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لأن ولاية الغائب باقية ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه كما لو حضر وامتنع من تزويجها فإن كان علي مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان :أحدهما : لا يجوز تزويجها إلا بإذنه لأنه كالحاضر ، والثاني يجوز للسلطان أن يزوجها لأنه تعذر استئذانه فأشبه إن كان في سفر بعيد . (١)

رابعا : رأي الحنابلة :

والحنابلة يرون رأي الحنفية المتقدم فلو غاب الولي الأقرب أدني مدة للسفر فإن الولاية تنتقل إلي الأبعد أما لو كان الولي غائباً لمسافة أقل من ذلك فهو في حكم الحاضر وهنا لا يكون هناك ولاية للأبعد مع وجود الأقرب .

الــوصــايــة فــي الــزواج

هل للأب أن يقيم وصياً عنه في الزواج كما له أن يقيم وصياً في المال ؟

قال مالك :إن ذلك جائز لأن الوصي نائبه بعد الوفاة كما أن الوكيل نائبه في الحياة ، وقال بعض الفقهاء : إن كان لقاصر الأهلية ولي عاصب لا يجوز الإيصاء لأن الولاية للعاصب ، فتعيين وصي مصادمة لحكم الشارع فلا يجوز وإن لم يكن للقاصر ولي عاصب فيجوز الإيصاء لأنه يكون ولاية خاصة فتقدم علي ولاية القاضي العامة ولا مصادمة لحكم الشارع .

١ـ تكملة المجموع شرح المهذب المرجع السابق ج ١٦ ص ١٦٢

وقال جمهور الفقهاء: إن الإيصاء في الزواج لا يجوز لأن الإنكاح إلي العصبات بنص الحديث وهذا كلام يفيد القصر عليهم ولأن مصلحة الولي والمولي عليه تتلاقي في الزواج ولا يتوفر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم ، والمصلحة في الزواج دقيقة تحيط بها عدة اعتبارات لذلك كانت الولاية لمن تكون مصلحتهم متفقة في الجملة مع مصلحة المولي عليه بخلاف المال فإن المصلحة فيه تعرف بالكتاب والحساب فلا تخفي وعليه فيجوز في الولاية المالية الإيصاء ٠ (١)

ويقول ابن قدامه في المغني : فعلي هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر كغيره ، ووصي كل ولي يقوم مقامه ، فإن كان الولي له الإجبار فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلي إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل ٠ (٢)

وقال ذلك القول أيضا الفقيه ابن أبي ليلي (٣) حيث قال :

إن نص الأب علي الزواج صحت الوصاية بالزواج ٠

أما الإمام ابن رشد الحفيد فيقول : اختلف الفقهاء في الوصي فقال مالك : يكون الوصي وليا ومنع ذلك الشافعي وسبب اختلافهم :هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك؟ ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح ، ولكن الجمهور علي جوازها إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء ، لأن الوصي وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت ٠ (٤)

١- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ١٤٥

٢- المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤١٩

٣- هو العالم الجليل محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي يسار (وقيل : داود) بن بلال الأنصاري الكوفي قاض وفقيه من أصحاب الرأي ٠ ولي القضاء بالكوفة لبني أمية ثم لبني العباس ٠ واستمر ٣٣ سنة ٠ له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره ٠ ولد سنة ٧٤ هـ وتوفي في الكوفة سنة ١٤٨ هـ { ترجمة الأعلام للزركلي : ج ٧ ص ٦٠ و ٦١ }

٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ص ٣٨٨ وما بعدها

البــاب الثــالــث

في الشــهــادة :

و ينقسم هذا البـاب إلـي فصـلين :

الفصل الأول :

وهو يتكون من مبحثين ، يتناول الباحث في أولهما : تـعـريـف الـشـهـادة والمقصود بها في باب النكاح , وبيان ماهيتها , والحكمة من اشتراطها وبيان بعض الآراء الشاذة في موضوع الشهادة في عقد النكاح وردود العلماء القدامي والمحدثين عليها .

ثم في المبحث الثاني : يتناول الباحث الحديث عن وقت وجوب الـشـهـادة واختلاف الفقهاء حولها , ثم الحديث عن نكاح السر , و الـتـواصي بالكتمان و رأي العلماء القدامي والمحدثين حول نكاح السر و مدي شرعيته ... إلي غير ذلك من تلك الأمور .

الفصل الثاني :

و يتكون من مبحثين : يتناول الباحث في الأول منهما : شروط الشهادة التي اتفق حولها العلماء : مثل البلوغ ، والعقل ، والإسلام ، وغيرها .

ثم في المبحث الثاني : يتناول الباحث الشروط التي اختلف حولها العلماء مثل عدالة الشهود , والذكورة , والبصر , وزواج المسلم من امرأة كتابية إلي غير ذلك من تلك الشروط .

الـــــفـــــصـــــل الأول

تـعـريـف الـشـهـادة وبيان ماهيتها والحكمة من اشتراطها وبعض الآراء الشاذة فيها ووقت وجوبها ونكاح السر ومدي شرعيته في حالة الـتـواصي بالكتمان

يتكون هذا الفصل من مبحثين أتناول في أولهما تعريف الشهادة والمقصود بها وبيان ماهيتها والحكمة من اشتراطها وبيان بعض الآراء الشاذة في الشهادة في عقد النكاح وردود العلماء القدامي والمحدثين عليها ثم في المبحث الثاني أتناول الحديث عن وقت وجوب الشهادة واختلاف الفقهاء حولها ثم الحديث عن نكاح السر والتواصي بالكتمان ورأي العلماء القدامي والمحدثين في هذه المسألة

الـــمـــبـــحـــث الأول

في هذا المبحث أبدأ بتعريف الشهادة في اللغة العربية ثم أتحدث عن المقصود بها في باب النكاح مبينا ماهيتها ، ثم الحكمة من اشتراطها ، وآراء الفقهاء المختلفة حول ماهيتها ، مشيرا إلي بعض الآراء الشاذة في موضوع الشهادة وردود العلماء القدامي والمحدثين عليها :

تـعـريـف الـشـهـادة في اللـغـة الـعـربـيـة :

الشـــهـــادة : هـي مـصـدر شـهـد ، وهـي عـبـارة عن الإعـلام والـبـيـان قال الجوهري : الشهادة خبر قاطع والشاهد حامل الشهادة ومؤديها لأنه شاهد لما غاب عن غيره ، وقيل هي مأخوذة من الإعلام ، وذلك من قول الحق سبحانه و تعالي : { شهد الله أنه لا إله إلا هو } (١) أي أعـلـم (٢) ٠

١- سورة آل عمران آية رقم ١٨

٢- سبل السلام للإمام الصنعاني - كتاب القضاء - باب الشهادات - ص ١١٩٥

أما الشهادة في اصطلاح الفقهاء :

فهي : إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق علي الغير ولو بلا دعوي ٠ (١)

والشهادة علي عقدالزواج أمر عظيم الشأن وفي غاية الأهمية ، ذلك حتي يمكن أن تتحقق بها الحكمة التشريعية من اشتراطها , ألا وهو الإعلان عن الزواج ليكون بينا واضحا ظاهرا علي رؤوس الأشهاد ٠

وعن زيد بن خالد الجهني أن النبي صلي الله عليه و سلم قال : {ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها } ٠ (٢)

دل الحديث علي أن خير الشهداء هو : من يأتي بشهادته لمن هي له قبل أن يسأل وقد اختلف العلماء في تفسير هذا الحديث : وعما إذا كان المراد بها شهادة الحسبة أو شهادة الحق التي لا يعلم بها صاحبها فيأتي إليه ويخبره بها إلي غير ذلك من الأمور ٠ (٣)

ولكن الذي يعنيني في هذا البحث هنا هو أن أبحث موضوع الشهادة في النكاح والتي سأحاول توضيحها بشئ من التفصيل فيما يلي :

الحكمة من اشتراط الشهادة :

والحكمة من اشتراط الشهادة علي عقد الزواج دون غيره من العقود الأخرى ترجع إلي الأهمية الخاصة بعقد الزواج ، تلك الأهمية الخاصة التي تتمثل في ضرورة التفرقة الواضحة بين الحلال والحرام ، والتمييز الكامل بين النكاح والسفاح ولهذا ندب الشارع جمع الناس ، وإقامة الولائم وضرب

١- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ج ١ ص ٦٦٨ للمستشار محمد إبراهيم خليل ٠ (طعن رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٣ ق أحوال شخصية جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٦٦)

٢- صحيح مسلم ١٧١٩

٣- سبل السلام للصنعاني - كتاب القضاء باب الشهادات - ص ١١٩٥

الدفوف لعقد الزواج وإتمامه ٠هذا وقد اتفق جمهور الأمة من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الأربعة :

مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وغيرهم من أئمة العلم والفقه علي ضرورة هذا الشرط وأهميته الخاصة بالنسبة للزواج ، ولا خلاف في أن الإشهاد في سائر العقود ليس بشرط ولكنه مندوب إليه ومستحب ٠ (١)

وقد قال الحق سبحانه و تعالي في باب المداينة : { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلي أجل مسمي فاكتبوه } ٠ (٢) والكتابة لا تكون لنفسها بل للإشهاد ونص عليه في قوله سبحانه وتعالي : {واستشهدوا شهيدين من رجالكم } ٠(٣)

وقال عز وجل في باب الرجعة : { وأشهدوا ذوي عدل منكم } ٠ (٤)

وعن عمران بن حصين عن النبي صلي الله عليه و سلم قال : {لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ٠ (٥) وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلي الله عليه و سلم قال : { البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة } ٠(٦)

فلو لم تكن الشهادة : شرطا في عقد الزواج لم تكن زانية بدون هذه الشهادة ولأن الحاجة مست إلي دفع تهمة الزنا عنها ، وهي لا تندفع إلا بالشهود لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره ، ولا يشتهر النكاح إلا بقول الشهود ٠

وأيضا قال رسول الله صلي الله عليه وسلم في إشارة واضحة إلي ضرورة

---

١ ـ الدكتور يوسف قاسم المرجع السابق ص١١٠

٢و٣ ـ سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

٤ ـ سورة الطلاق آية رقم ٢

٥ ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧ حديث رقم ٢٦٧٤ ٠

٦ ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧ حديث رقم ٢٦٧٣ ٠

الشهادة والإعلان في النكاح بكلام بين لا لبس فيه : {أعلنوا النكاح } • (١)
وبذلك نجد أن الشهادة في النكاح ما شرطت إلا للحاجة إلي دفع الجحود والإنكار وهذا لا يندفع إلا بالظهور والاشتهار وذلك لكثرة الشهود علي النكاح • (٢)

ماهية الشهادة في عقد النكاح :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة علي أن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج احتياطا للنسب فلا ينعقد النكاح إلا بشاهدين •

وذلك لما روي الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلي الله عليه و سلم قال : { لابد في النكاح من حضور أربعة الولي والزوج والشاهدين } • (٣) وعن عبدالله ابن عباس أن النبي صلي الله عليه و سلم قال { البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة } • (٤)

ولأنه عقد يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف غيره من العقود • (٥)

ولأن الشهادة إعلان عن الزواج لخطورته وأهميته وفيها حفاظ علي حقوق الزوجة والأولاد وبسببها لا يجد أحد طرفيه سبيلا لإنكار العقد فيما بعد •

و قد خص الشارع عقد الزواج دون غيره من العقود الأخرى بأن يتم بحضور شهود يشهدون عليه وذلك لعظم شأنه و جلال قدره وعظم أثره في المصالح

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩٠٨ - ص ٨٠٨

٢- بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٥٢ و ٢٥٣

٣- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - باب الشهادة في النكاح - ج ٦ - ص ١٤٨

٤- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - باب الشهادة في النكاح - ج ٦ - ص ١٤٧ حديث رقم ٢٦٧٣ •

٥- كشاف القناع لابن إدريس البهوتي ج٥ ص ٦٥ ط بيروت سنة ١٤٠٢ هجرية

المترتبة عليه دينيا و دنيويا فكان من الضروري الإشهاد علي عقد الزواج حتي يمكن إذاعة أمره ، ليخرج من نطاق السرية وتتوفر العلانية ويفترق النكاح عن السفاح ويتبين الحلال عن الحرام ، ومن أجل ذلك كان جمع الناس له وضرب الدفوف : وذلك لما رواه الإمام أحمد والترمذي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : {أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وليولم أحدكم ولو بشاة ..} .(١)
لذلك نجد أن الشارع الحكيم قد أجاز في النكاح بعض مظاهر اللهو التي لا تجوز في غيره ويؤيد ذلك ما جاء في الحديث عن رسول الله صلي الله عليه و سلم أنه قال : { أعلنوا النكاح } . (٢) و قوله صلي الله عليه وسلم : { فصل بين الحلال والحرام الدف ورفع الصوت في النكاح } . (٣)
فقد دلت هذه الأحاديث علي الأمر بإعلان النكاح ، ومعلوم أن الإعلان خلاف الإسرار ، وفي ذلك دليل علي أنه يجوز في النكاح ضرب الدفوف ورفع الأصوات بشئ من الكلام . وفي هذا يقول ابن قدامة في المغني :
" ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحمد :يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتي يشتهر ويعرف وقيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالغزل في العرس بمثل قول النبي صلي الله عليه وسلم للأنصار {أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم لولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم ولولا الحنطة السوداء ما سرت عذاريكم } لاعلي مايصنع الناس اليوم " . (٤)

١ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ رواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها ـ ص ٨٠٨

٢ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٩٠٨ ـ ص ٨٠٨

٣ـ سنن ابن ماجة ـ كتاب النكاح ـ باب إعلان النكاح ـ حديث رقم ١٨٩٥ ـ ص ٣٣٠

٤ـ المغني لابن قدامة ـ كتاب النكاح ـ ج ٧ ـ ص ٥٠٠

و يقول الإمام الصنعاني (١) في كتابه سبل السلام معلقا علي هذا الموضوع :

"ولكن بشرط أن لا يصحبه محرم من التغني بصوت رخيم من امرأة أجنبية بشعر فيه مدح القدود والخدود بل ينظر إلي : الأسلوب العربي الذي كان في عصره صلي الله عليه و سلم فهو المأمور به " ، وأما ما أحدثه الناس بعد ذلك فهو غير المأمور به ، ولا كلام أنه في هذه الأعصار يقترن بمحرمات كثيرة ، فيحرم لذلك لا لنفسه ٠ (٢)

فالشهادة بذاتها تحقق العلانية المطلوبة في الزواج لأن الشرط لما كان إظهار العقد فيعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرطا وذلك بشهادة الشاهدين ٠

فإنه مع شهادتهما لا يبقي سراً ولذلك نص المالكية : علي أن نكاح السر يفسخ بطلقة بائنة إن دخل الزوجان بلا إشهاد ٠

وقال الد سوقى (٣) رحمه الله :

إن الإشهاد علي الزواج واجب وكونه عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء أي عند الدخول ٠ (٤)

١- هو الامام محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني يرجع نسبه إلي علي بن أبي طالب ولد بمدينة كحلان من بلاد اليمن وإليها ينسب فيقال الكحلاني ولد سنة ١٠٩٦ هـ كان يتصف بالورع وقد عرض عليه القضاء فأبي ومن أشهر مصنفاته سبل السلام وتوفي بصنعاء سنة ١١٨٢هـ ٠

٢- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨٠٨

٣- هو العالم الجليل محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: من علماء العربية من أهل دسوق بمصر تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة وكان من المدرسين في الأزهر ، له كتب منها الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك وحاشية علي مغني اللبيب وحاشية علي الشرح الكبير علي مختصر خليل وتوفي سنة ١٢٣٠هـ {ترجمة الأعلام للزركلي ج ٦ ص ٢٤١ و٢٤٢ }

٤- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج٢ ص ٢٢٠

فالواضح إذن :أن الإشهاد علي عقد الزواج مطلوب وهو المحقق للعلانية المطلوبة في هذا العقد الخطير فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس ٠ (١)

وعلي هذا فإننا نجد أن جمهور الفقهاء يقولون : بوجوب أن يكون الإشهاد عند إجراء العقد : ليسمع الشهود كلام العاقدين فإن أجري العقد بدون الإشهاد عليه كان فاسدا حتي ولو تحققت الشهادة بعد ذلك وقبل الدخول فلا يكون العقد صحيحا تترتب عليه آثاره إلا بالشهادة لأن الغرض منها إعلان النكاح وإظهاره ٠

أما المالكية فإنهم يقولون : بأن الشهادة شرط في صحة النكاح : سواء عند العقد أو بعده وقبل الدخول ، فإذا تحققت الشهادة عند العقد أو عند الدخول كان العقد صحيحا وترتبت عليه آثاره وإن لم تتحقق الشهادة أصلا لا وقت العقد ولا عند الدخول كان العقد فاسدا والدخول بالمرأة معصية ويتعين فسخ العقد ٠ (٢)

بعض الآراء الشاذة في موضوع الشهادة :

قبل أن أسترسل في الحديث عن الشهادة ومشروعيتها وشروطها أود أن أنوه إلي أن هناك رأيا شاذا لبعض الفقهاء ، وهو لشذوذه وضعفه لا يعمل به ولكي رأيت أن أشير إليه هنا وذلك لبيان الآراء المختلفة حول هذا الموضوع ولوبشئ من الاختصار :

وهذا الرأي هو مذهب الشيعة الإمامية (٣) وبعض الفرق الأخرى :

وهو أن الشهادة ليست شرطا في صحة العقد ولا تلزم له وذلك لإطلاق قوله سبحانه وتعالي : { فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثني و ثلاث و رباع } ٠(٤)

١- فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٠

٢- بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد ج٢ ص ١٥ و ما بعدها

٣- المختصر النافع في فقه الإمامية لابن الحسن الحلي - ص ١٧٠ وما بعدها

٤- سورة النساء آية رقم ٣

و قوله تعالي : { وأنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم } ٠(١)
فيجب العمل بهذا الإطلاق عندهم ، أما ما ورد من الأحاديث التي تتطلب الشهادة علي الزواج فلا تصلح أن تكون مقيدة لإطلاقات الكتاب لكونها من أخبار الآحاد ، وعند الشيعة الإمامية لا يشترط في النكاح حضور شاهدين ولو أوقعه الزوجان أو الأولياء سرا جاز ، ولو تآمرا بالكتمان لم يبطل ٠ (٢)
ويجدر أن أنوه إلي شيء هام وهو : أن هناك من مذاهب الشيعة من يختلف مع مذهب الشيعة الإمامية ويشترطون حضور شاهدين في عقد النكاح وأشهرها هو المذهب الزيدي ويقولون أن الشهادة شرط من شروط صحة النكاح أما الإعلان بالدف ونحوه فمندوب إليه ٠ (٣)
ومن أشهر فقهاء الشيعة الإمامية الذين قالوا بعدم اشتراط الشهود لصحة عقد النكاح هو الإمام بن الحسن الحلي (٤) حيث يقول في كتابه المختصر النافع :
لا يشترط حضور شاهدين ولا ولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة علي الأصح٠
ثم يقول في هامش كتابه المذكور آنفا :
جاء في تذكرة الفقهاء :
يستحب الإعلان والإظهار في النكاح الدائم والإشهاد وليس الإشهاد شرطا في صحة العقد عند علمائنا أجمع ، ولامتناع اشتراط ما ليس بشرط في القرآن مع ذكر ما ليس بشرط فيه فإن الله تعالي لم يذكر الشهادة في النكاح وذكر الشهادة

١- سورة النور آية رقم ٣٢
٢- شرائع الإسلام ج٢ ص ٢٧٤
٣- البحر الزخار ج ٣ ص ٢٧
٤- هو الإمام أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي من كبار فقهاء الشيعة الإمامية ذوي العلم والرأي عندهم له مصنفات ومؤلفات عديدة من أشهرها شرح المختصر في فقه الإمامية وتوفي سنة ٦٧٦ هجرية

في البيع والدين ، مع أن الحكم في الشهادة في النكاح أكثر لما فيها من حفظ النسب وزوال التهم وغيره من توابع النكاح فلو كان الإشهاد فيه شرطا لما أهمله الله تعالي في القرآن لأنه منافي للحكمة ٠ولما رواه العامة عن مالك بن أنس قال :اشتري النبي صلي الله عليه وسلم جارية بسبعة أرواس وقال الناس ما ندري أتزوجها ؟ فعلموا أنه تزوجها فاستدلوا علي تزوجها بالحجاب ٠

وعن النبي صلي الله عليه وآله وسلم أنه لما تزوج بصفية أولم بتمر وأقط فقال الناس تري أنه تزوج بها أم جعلها أم ولده ثم قالوا :إن حجبها فإنها امرأته ولو كان أشهد ما اختلفوا ٠ (١)

ومن فقهاء الشيعة الذين قالوا بعدم اشتراط الشهود في النكاح الفقيه الشيعي: أبو جعفر الكليبي (٢) حيث يقول في كتابه فروع الكافي :

سئل أبو عبد الله عليه السلام : عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود فقال لا بأس بتزويج البتة فيما بينه وبين الله إنما جعل الشهود من أجل الولد لولا ذلك لم يكن به بأس ثم ذكر بعد ذلك مستطردا في باب التزويج بغير بينة قال عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أبي نجران عن محمد بن الفضيل قال قال أبو الحسن موسي عليه السلام لأبي يوسف القاضي : إن الله تبارك وتعالي أمر في كتابه بالطلاق وأكد فيه بشاهدين ولم يرض بهما إلا عدلين ، وأمر في كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود فأثبتم شاهدين فيما أهمل وأبطلتم الشاهدين فيماأكد ٠ (٣)

١- المختصر النافع في فقه الإمامية لابن الحسن الحلي طبعة دار الكتاب العربي ص ١٧٠

٢- هو أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليبي أحد فقهاء الشيعة الإمامية المعتبرين عندهم له عدة مؤلفات في فقه الشيعة الإمامية من أشهرها كتابه فروع الكافي وهو يدافع فيه بشدة عن الشيعة الإمامية ومعتقداتهم

٣- فروع الكافي لأبي جعفر الكليبي ج ٥ ص ٣٨٩ طبعة دار الأضواء ١٩٩٢ -١٤١٣هـ

ذكرت آنفا بعض الآراء الشاذة لبعض الفرق وبعض المذاهب الشيعية وبخاصة مذهب الشيعة الإمامية الذين قالوا بعدم اشتراط الشهادة في صحة عقد النكاح

هذا وقد خالفهم أهل السنة جميعا في ذلك ، وبخاصة الأئمة الأربعة المعتبرين ولم يشذ من علماء الشريعة الإسلامية وأهل السنة سوي الفقيه أبو ثور :

فقد ذهب إلي صحة عقد الزواج من غير شهود إذ قاسه علي البيع وغيره من العقود وهو خطأ لكونه مخالفا لما ورد به النص من نحو قوله صلي الله عليه وسلم :{ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ، وقوله صلي الله عليه وسلم : { كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب وولي وشاهدان } ، وقياسه علي البيع فاسد للفوارق العظيمة بينهما ٠ (١)

ولكن هذا القول ضعيف مردود علي أصحابه ولا يعمل به أبدا :

وذلك لأن أحاديث الإشهاد علي الزواج مشهورة وتلقتها الأمة بالقبول فتجوز الزيادة بها علي كتاب الله تعالي وتصلح مقيدة لإطلاقاته ٠

وفي هذا يقول الإمام البهوتي (٢) صاحب شرح منتهى الإرادات :

حيث يذكر من شروط النكاح : الشهادة احتياطا للنسب خوف الإنكار لحديث عائشة مرفوعا : {لابد في النكاح من أربعة :الولي والزوج والشاهدان } ٠ وعن ابن عباس مرفوعا : { البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة } ٠ (٣)

١ـ المهذب للشيرازي ج٢ص٤٢ والشيخ محمد محي الدين المرجع السابق هامش ص٢٢

٢ـ هو الفقيه الجليل منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي : شيخ الحنابلة بمصر في عصره نسبته إلي بهوت في غربية مصر له كتب منها الروض المربع شرح زاد المستنقع وكشاف القناع علي متن الإقناع للحجاوي ودقائق أبي النهي لشرح المنتهي ٠ ولد سنة ١٠٠٠ هجرية وتوفي رحمه الله سنة ١٠٥١ هجرية { ترجمة الأعلام للزركلي ج ٨ ص ٢٤٩ }

٣ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٢٦٧٣ ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧

ولأنه عقد يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترط فيه الشهادة لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف غيره من العقود إلا علي النبي صلي الله عليه و سلم إذا نكح أو أنكح لأمن الإنكار ٠ (١)

وينقض هذه الشبهة أستاذنا الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح بما يلي :

ولا يؤثر في اتفاق العلماء علي اشتراط الشهادة لصحة عقد الزواج ما ذهب إليه الظاهرية والإمامية وأبو ثور من أن الشهادة ليست شرطا لصحة عقد الزواج مستدلين : بأن الأوامر بالنكاح في القرآن الكريم قد خلت من شرط الإشهاد عليه ، في حين اشترط الشهادة في البيوع في قوله تعالي : {وأشهدوا إذا تبايعتم } ٠ (٢) وفي الطلاق والرجعة في قول الحق سبحانه و تعالي : { فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله } ٠ (٣) فاشتراط الشهادة في عقد الزواج زيادة علي ما جاء في كتاب الله سبحانه وتعالي ٠

كما استدلوا من السنة بما روي عن سهل ابن سعد الساعدي قال :جاءت امرأة إلي رسول الله صلي الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله جئت أهب نفسي لك ٠٠٠ ٠(٤) وذكر في الحديث حتي قال إذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن ولم يشهد صلي الله عليه و سلم علي العقد ٠٠ الخ ما أورده من شبه وقد أجاب عنه العلماء : أما الآيات فعامة مخصوصة بقول النبي صلي الله عليه وسلم : { لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل ٠٠٠ } ٠ (٥)

١- شرح منتهي الإرادات - ج٣ - ص ٢٥

٢- سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

٣- سورة الطلاق آية رقم ٢

٤- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩٠٧ - ص ٨٠٤

٥- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - من الحديث رقم ٢٦٧٥ - ج ٦ - ص ١٤٧

وأما حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي فليس فيه نفي الشهادة ودعوي عدم الإشهاد لم يقم عليها دليل ويمكن القول بأن زواج الرسول هذه المرأة حادثة عين لا تتعدى موردها كما سبق بيانه • (١)

أيضا وحول هذه الشبهة يقول الأستاذ الدكتور يوسف قاسم :

ولم يخالف في ذلك إلا الشيعة الإمامية ، حيث قالوا بعدم اشتراط الشهادة في عقد الزواج ، فقد ذهبوا إلي أن العقد يعتبر صحيحا بدون شهادة ووجهة نظرهم في ذلك تقوم علي أن الله تعالي لم يذكر الشهادة في عقد الزواج وإنما ذكرها في البيوع والديون (٢) ، وذلك في قوله تعالي : { وأشهدوا إذا تبايعتم } • (٣) وقوله تعالي : {واستشهدوا شهيدين من رجالكم (٤) فسكوت النصوص القرآنية عن الشهادة دليل علي عدم اشتراطها •

ويمكن الرد علي ذلك بأن النصوص القرآنية الواردة في الزواج وإن جاءت مطلقة إلا أنه من المسلم به شرعا أن السنة تقيد مطلق القرآن والأحاديث الصحيحة الواردة في الشهادة بينت أن المراد من الزواج المنصوص عليه في القرآن هو الذي ينعقد أمام الشهود كما بين ذلك النبي صلي الله عليه و سلم في الأحاديث العديدة المروية عنه وقال تعالي : {فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم } • (٥) فقد اشترط سبحانه الشهادة في الرجعة ففي عقد الزواج ابتداء من باب أولي • (٦)

١ـ الأستاذ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق هامش ص ١٩١ و ١٩٢

٢ـ المختصر النافع في فقه الإمامية لابن الحسن المحلي باب النكاح ص ١٧٠ وهامشها

٣ و ٤ ـ سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

٥ـ سورة الطلاق آية رقم ٢

٦ـ الدكتور يوسف قاسم المرجع السابق هامش ص ١١٠ ـ بتصرف ـ

المبحث الثاني

وقت وجوب الشهادة

اختلف الفقهاء في وقت وجوب الشهادة : وانقسموا إلي فريقين :

الفريق الأول هو جمهور الفقهاء من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة :

الذين ذهبوا إلي أن الشهادة هي شرط واجب وقت إجراء العقد أي أنه يجب لصحة العقد أن يكون الشاهدان حاضرين مجلس العقد وأن يسمعا معا الإيجاب من الولي والقبول من الزوج مع علمهما بالزوجين وأنهما صالحين للزواج وخاليين من موانع النكاح ، فإذا لم يحضر الشاهدان مجلس العقد فإن العقد يكون فاسداً .

أما الفريق الثاني فهم المالكية :

الذين قالوا أن الشهادة وقت إجراء العقد مندوب إليها وواجبة عند الدخول بالمرأة وبهذا فإذا أشهد علي العقد كفي ولا يشهد عند الدخول .

أما إذا لم يشهد علي العقد وقت إجرائه : وجب عليه الإشهاد عند البناء أي الدخول بالمرأة . (١)

والرأي الراجح هو مذهب جمهور الفقهاء في اشتراط الشهادة وقت إجراء العقد ،ذلك لأن مالكا فهم الشهادة علي أنها شرعت لدفع تهمة الزنا وهذا يقتضي وجوبها عند الزفاف وروي عنه أنه يكفي الإعلان وضرب الدف ونحو ذلك للتفريق بين النكاح والسفاح لقوله صلي الله عليه و سلم :

{ أعلنوا النكاح } . (٢)

١ـ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ١٩٢

٢ـ سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٩٠٨ ـ ص ٨٠٨

ولقوله صلي الله عليه و سلم : {أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وليولم أحدكم ولو بشاة } ٠ (١) وهذا الذي يقوله الإمام مالك يجب حمله علي الندب لا الوجوب فإن حديث عمران بن حصين {لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل }نص في اشتراط الشهادة عند العقد (٢) وقال فيه بن حبان لم يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وقال ابن رشد : والأصل في هذا ما روي عن بن عباس : {لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد } ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأي أن هذا الحديث داخل في باب الإجماع ٠ (٣)

هل الشهادة شرط لصحة الزواج ؟

اختلف الفقهاء حول الشهادة هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد :

جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة : ذهبوا إلي أن الشهادة شرط صحة يؤمر به عند العقد :

ذلك لأن الشهادة بذاتها تحقق العلانية المطلوبة في الزواج لأن الشرط لما كان إظهار العقد فيعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرطا وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقي سراً ٠

وقيل : وسرك ما كان عند امرئ ٠٠ وسر الثلاثة غير الخفي ، وأيضا قيل : أنه لا سربين اثنين ، فإنه إذا حضره شاهدان أعلناه ، ولذلك ذهب جمهور الفقهاء إلي ضرورة الإشهاد علي عقد الزواج ٠

١- الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨٠٨

٢- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ١٩٥

٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المرجع السابق ص ٣٩٢ -

والمالكية يرون أن الشهادة في النكاح هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول إذ العبرة عند المالكية بالذيوع و العلانية وأن الشهادة تتأتي وقت إجراء العقد أو بعده ، وعند المالكية أيضا أنه لو تم عقد الزواج بدون حضور الشهود عليه ولكنه كان معلنا ثم أشهد عليه بعد ذلك و قبل الدخول فهو جائز .

وفي كل ما سبق ذكره يقول الإمام علاء الدين الكاساني في كتابه بدائع الصنائع " قال عامة العلماء أن الشهادة شرط جواز النكاح ، وقال مالك : ليست بشرط وإنما الشرط هو :الإعلان حتي لو عقد النكاح و شرط الإعلان جاز وإن لم يحضره شهود ، ولو حضره شهود وشرط عليهم الكتمان لم يجز " . (١)

ولكن وبالتأمل الفاحص لهذين الرأيين نجد أنه يترتب عليهما مسألة خطيرة غاية في الأهمية ألا وهي :

هل لو أن الزوجين عقدا عقد الزواج بحضور شاهدين وأوصياهما بكتمان أمره هل يصح العقد أم لا ؟

للفقهاء في الإجابة علي هذا المسألة رأيان أذكرهما فيما يلي :

الرأي الأول لجمهور الفقهاء :

فقد قالوا بصحة العقد لتحقيق الشرط وهو الإشهاد عليه ، والإشهاد علي العقد يستتبعه ضرورة الإعلان والانتشار بناء علي أن العقد حينئذ يخرج عن نطاق السرية المعهودة من حيث العلم به من الزوجين والشاهدين وهؤلاء أربعة فلم يعد أمره سراً ، وقديماً قال عمر بن أبي ربيعة :

السر يكتمه الاثنان بينهما وكل سر عدا الاثنين منتشر (١)

وفي هذا يقول الحنفية : أن الشهادة وحدها هي الإعلان حتي وإن

١- بدائع الصنائع للكاساني ج٢ ص٢٥٢

١- الدكتور محمد نبيل سعد المرجع السابق ص ٥٨

تواصي الشاهدان بالكتمان ، وحجتهم في ذلك ما استفاض من الأخبار من اشتراط الشهود وتعيينهم طريقا للإعلان وحدهم ، فقد روي من حديث عائشة أن النبي صلي الله عليه و سلم قال : { لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل } ٠(١)

و ذكر الجمهور في تدعيمهم لرأيهم هذا بصحة العقد في هذه الحالة :

إلي أن الشارع الحكيم باشتراطه الشهادة قد رسم طريق الإعلان ولم يترك أمره من غير حدود ورسوم بل حده وعينه بالشهادة فكانت هي الحدود والرسوم ، وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معني الجهر والإعلان ولو تواصوا بالكتمان لأن السر لا يكون بين أربعة بل هو الجهر كما أن نفي النبي عليه السلام { لا نكاح من غير شهود} ٠ (٢) دليل علي أن الشهادة أمر لابد منه وأنها كافية للإعلان ٠

أما الرأي الثاني فهو للمالكية :

قالوا بعدم صحة العقد حينئذ لعدم الإعلان والذيوع والانتشار وقت العقد ولأن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد بل الشرط لإنشاء العقد هو مطلق الإعلان والشهادة عند المالكية : شرط لحل الدخول بالمرأة أي أنها ليست شرطاً للانعقاد ولكنها شرط لترتيب الآثار فالشهادة وحدها لا تكفي للإعلان والشاهدين لو تواصيا بالكتمان لا ينشأ العقد بل لابد من توافر الإعلان للانعقاد ثم تتعين الشهادة بترتيب الآثار ٠

وقد احتج المالكية لرأيهم هذا من أن نصوص السنة ليست صريحة في الإلزام بالشهادة وحدها في الإعلان عند الانعقاد ، ولأنه صلي الله عليه وسلم جعل مناط الصحة في رأيهم هو الإعلان في قوله : {أعلنوا النكاح و لو بالدف} ٠(٣)

١ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٢٦٧٤ ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧

٢ـ رواه الدارقطني (ضعيف الدارقطني ٣ / ٢٢٦)

٣ـ الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٨٢

نــــكـــــاح الــــســـــــــر

انتشر نكاح السر انتشارا كبيرا بين أوساط المجتمع بكافة طبقاته حتي أصبح ظاهرة مخيفة تسترعي الانتباه ، ولقد أردت في هذا البحث أن أتوقف عند هذه المسألة : لبيان مشروعيتها ، ومدي مطابقتها لصحيح الشرع من عدمه مبينا آراء الفقهاء المختلفة حول نكاح السر هذا وذلك علي النحو التالي :

نــــكـــــاح الـــســـــر هــــو :

أن يتزوج الرجل بدون شهود أو بشهادة رجل وامرأة واحدة ، أو أن يعقد العاقدان عقد النكاح ويوصيا الشهود بكتمانه عن الناس ٠

وفي هذا يقول الإمام ابن رشد الحفيد وهو أحد فقهاء المالكية المعتبرين :

"اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك علي أن الشهادة من شروط النكاح واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ؟ **واتفقوا علي أنه :لا يجوز نكاح السر** ، واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر ؟ أم ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ٠٠ " (١)

وقد قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : لا يجوز نكاح السر حتى يعلن و يشهد عليه ٠ (٢)

وروي أن عمر بن الخطاب : أتي بنكاح سر لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فأمر بفسخه وقال : هذا نكاح سر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت ٠ (٣)

١ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ـ كتاب النكاح ـ ص ٣٩٢

٢ـ الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٨١

٣ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح ـ ذكره في التعقيب علي الحديث رقم ٢٦٧٥ ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧

ويقول الإمام الدردير (١) في الشرح الصغير :

أن من شروط صحة النكاح عدم التواطؤ علي كتمه ومن ثم يفسخ عندهم نكاح السر أي الإستكتام وهو باطل ويعاقب الزوجان إذا تواطئوا علي الكتم ويعاقب الشهود إذا تعمدوا • (٢)

وقد جاء في المدونة الكبرى عن يونس : أنه سأل ابن شهاب :

عن رجل نكح سراً وأشهد رجلين ؟ قال : إن مسها فرق بينهما واعتدت حتي تنقضي عدتها ، وعوقب الشاهدان بما كتما من ذلك وللمرأة مهرها ، ثم إن بدا له أن ينكحها حين تنقضي عدتها نكحها نكاح علانية ، قال ابن شهاب : وإن لم يكن مسها فرق بينهما ولا صداق لها ونري أن ينكلهما الإمام بعقوبة والشاهدين بعقوبة فإنه لا يصلح نكاح السر ويستدلون لذلك : بأن النبي صلي الله عليه و سلم : {كره نكاح السر حتي يضرب بالدف } لإعلانه وشهرته بين الناس • (٣)

هذا وقد استدل من لا يجيزون نكاح السر بأدلة أوردها فيما يلي :

١- قوله صلي الله عليه و سلم : {أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف } •(٤)والتواصي بكتمان الزواج مخالف لهذا الحديث

---

١ ـ هو العالم الجليل أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات الشهير بالدردير - أحد أفاضل فقهاء المالكية ـ ولد في بني عدي بمصر - وتعلم بالأزهر وتوفي بالقاهرة من كتبه : أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ومنح القدير وتحفة الإخوان في علم البيان ولد سنة ١١٢٧ هجرية وتوفي إلي رحمة الله تعالي سنة ١٢٠١ هجرية • { ترجمة الأعلام للزركلي ج ١ ص ٢٣٢}

٢- الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٨٢

٣- المدونة الكبري ج ٤ ص ٤٤ و ٤٥

٤- الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ ص ٨٠٨

٢ـ ما ذكره الإمام مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : {هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت } ٠ (١)

٣ـأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا : ففي إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلي إضاعة الأنساب لأن الزوج قد ينكر النكاح وتكون المرأة حاملا فلا يكون لها سبيل إلي إثباته فيؤدي إلي إضاعة النسب ٠ (٢)

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : { لا نكاح إلا ببينة } ٠ (٣)

و ذهب الإمام مالك : إلي أن التواصي بالكتمان يجعل عقد الزواج باطلا لأن هذا الاتفاق علي كتمان عقد الزواج يتنافي مع الحكمة التشريعية من اشتراط الشهادة وهي الإعلان عن الزواج ، فإذا تواصي الزوجان والشاهدان علي كتمان الزواج لم يكن هنالك إعلان بالزواج بل يكون زواج سر وهو باطل حيث أمر النبي صلي الله عليه وسلم بإعلان الزواج فقال : { أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وليولم أحدكم بشاة ٠٠٠ } ٠ (٤)

ويري الباحث أن رأي المالكية هو الراجح :

خاصة في هذا العصر الحديث بعد أن خربت الذمم وضعف الإيمان من القلوب وانتشر الفساد في البر والبحر ، ذلك أنه علي الرغم من وجاهة ما استند إليه

١ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح ـ ذكره في التعقيب علي الحديث رقم ٢٦٧٥ ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧

٢ـ الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ١٨٧

٣ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧ ذكره الشوكاني في الروايات التي أعقبت الحديث رقم ٢٦٧٥ ٠

٤ـ الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني ـ كتاب النكاح ـ ص ٨٠٨

الجمهور من أن السر إذا خرج عن اثنين لم يعد سرا ، إلا أنني أري مع ذلك أن عقد الزواج له أهمية خاصة وقدسية تميزه من سائر العقود تلك القدسية توجب أن يكون علنا واضحا لا خفاء فيه ولا كتمان ، والشأن في الكتمان أن يكون في حالة وجود أمر يكره أصحابه إطلاع الناس عليه فلولا وجود شبهة أيا كانت لما تواصوا بالكتمان ٠ (١) ، وفي كتمان الزواج نوع من أنواع الغش لأفراد المجتمع الذين يتعاملون مع الزوجين ، يرشد إلي ذلك قول النبي : {من غشنا فليس منا } ٠ (٢) ، وهذا فضلا عن تلك النصوص الكثيرة الدالة صراحة علي وجوب إعلان الزواج ٠كما قال صلي الله عليه و سلم : {أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وليولم أحدكم ولو بشاة ٠٠} ٠(٣)

ولقد صرح النبي صلي الله عليه و سلم إلي الحكمة من ذلك تماما حينما قال :

{ فصل بين الحلال والحرام الدف ورفع الصوت في النكاح } ٠ (٤)

غير أن بعض الفقهاء يرون رأيا مخالفا لهذا الرأي :

إذ يرون أنه إذا تواصي الشهود بالكتمان فلا يبطل عقد النكاح حيث يقول الإمام البهوتي في متنه كشاف القناع : " ولا يبطل النكاح بالتواصي بكتمانه لأنه لا يكون مع الشهادة عليه مكتوما فإن كتمه أي النكاح الزوجان والولي والشهود قصدا صح العقد وكره كتمانهم له لأن السنة إعلان النكاح " ٠ (٥)

سبب اختلاف العلماء في هذا الموضوع :

اختلف العلماء حول هذه المسألة اختلافا كبيرا ومتباينا ولكل منهم رأيه و حجته وسنده

١- الدكتور يوسف قاسم المرجع السابق ص ١١١ و ١١٢

٢- رواه مسلم - من كتاب رياض الصالحين - حديث رقم ١٥٨٧

٣- الحديث من كتاب سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨٠٨

٤- سنن ابن ماجه - كتاب النكاح - باب اعلان النكاح - حديث رقم ١٨٩٦ - ص ٣٣٠

٥- كشاف القناع ج ٥ ص ٦٦ طبعة بيروت سنة١٤٠٢ هجرية

ولبيان سبب اختلاف العلماء حول هذا الأمر يقول الإمام بن رشد الحفيد :

سبب اختلافهم هو : هل الشهادة في النكاح حكم شرعي ؟ أم أن المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟

فمن قال هي حكم شرعي : قال هي من شروط الصحة ٠

ومن قال بأن الشهادة هي توثيق : قال هي من شروط التمام ٠

والأصل في هذا ما روي عن بن عباس عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : { لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد } ولا مخالف له من الصحابة و كثير من الناس رأي هذا داخلا في باب الإجماع ٠ (١)

الفرق بين الإشهاد والإشهار

يثور تساؤل : هل هناك فرق بين الإشهاد و الإشهار في عقد النكاح ؟ ؟

الإجابة : نعم : فهناك فرق كبير ما بين الإشهاد والإشهار في عقد النكاح

فالإشهاد : هو إشهاد شاهدين علي عقد النكاح و كفي ٠٠

أما الإشهار : فهو ذيوع وانتشار وشهرة هذا العقد بين الناس ٠

ولا خلاف بين الفقهاء في أن اشتراط الإعلان في عقد الزواج هو الإشهار ٠

ولكن الخلاف الذي جري بين الفقهاء هو :

هل إن الإعلان المشترط : هل يحصل بالإشهاد حتي لا يضر بعده توصية الشهود بالكتمان ؟ إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان ، أم يحصل الإعلان بمجرد الإشهاد حتي يضر ؟ ؟

قال جمهور الفقهاء : نعم ، وقال المالكية : لا فوجب عندهم الذيوع والانتشار والإشهاد حتي يصح عقد الزواج ٠

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد - كتاب النكاح - ص ٣٩٢

فالجمهور يرون : أنه لو أعلن (أي أشهر بين الناس)عقد الزواج بدون إشهاد لم يصح لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد .

أما المالكية : فإنهم يرون أنه يصح ، ولكن يجب الإشهاد عند البناء بالمرأة والحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه شرط آخر وهو الإشهار . فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس ، كما لو أعلنوا بحضور صبيان .

وفي هذا يقول ابن رشد في كتابه القيم بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فمن قال حكم شرعي : قال هي شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال : من شروط التمام ، والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس : "لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد " ولا مخالف لهم من الصحابة وكثير من الناس رأي هذا داخلا في باب الإجماع . ثم استطرد ابن رشد قائلا : وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ، والشافعي يري أن الشهادة تتضمن المعنيين : أعني الإعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة ، وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصي الشاهدان بالكتمان . (١)

وحسما لهذه المشكلة فإن الباحث يرى :

أن الواقع أن عقد الزواج في الإسلام له مكانه واعتباره ، فبه تتكون الأسرة ويتعلق به حفظ الأعراض والأنساب وترابط الأسر والتكافل الأسري وذلك باستحقاق النفقة والإرث وغيرهما ، فلذا يجب أن تتحقق فيه العلانية بالإشهاد والإشهار معا حتي لا يقع فيه التناكر والتجاحد . (٢)

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد - كتاب النكاح - ص ٣٩٢

٢- الدكتور محمد سلام مدكور أحكام الأسرة في الإسلام ص ١٠٠

وهناك سبب آخر في غاية الأهمية توضح أهمية انتشار عقد الزواج وذيوعه وانتشاره وعدم كتمانه عن الناس وله أصل من السنة النبوية المطهرة :

ألا وهو : أنه من المعلوم أن المقصود من الإشهاد إعلام الناس ببدء هذه العلاقة الشرعية بين الزوجين والتعامل معها و النظر إلي ما ينتج منهما علي أساسها ٠

فلو كان أحد الأشخاص له اعتراض علي شرعية نكاح ما ، وذلك علي أسس قواعد الشريعة المقررة فإنه يستطيع عندئذ وقد أصبحت العلاقة الزوجية معلنة أن يتقدم باعتراضه علي هذا العقد ، ويرفع الأمر إلي القاضي لكي يبحث في مدي صدق هذه الاعتراضات من عدمه وهذا الأمر له أصل في السنة النبوية المكرمة ، وذلك في الحديث الذي يرويه عقبة ابن الحارث قال : تزوجت أم يحي بنت أبي إهاب : فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما فأتيت النبي صلي الله عليه و سلم فذكرت ذلك له فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ٠ وفي لفظ رواه النسائي قال : فأتيته من قبل وجهه فقلت :إنها كاذبة قال :{ كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟ خل سبيلها } ٠ (١)

هل تكفي الشهادة عن الإعلان في عقد الزواج ؟

بداية يجب أن نعلم أن الغرض من الإعلان عن الشئ هو : حصول العلم به وبالشهادة يعلم الشاهدان بالزواج ، فهل يكفي علمهما أم لابد من إشاعة الزواج ذهب الفقهاء للإجابة علي هذا السؤال إلي منحيين :

فمنهم من قال بأن شهادة الشهود تكفي للعلم بالزواج وإشاعته بين الناس ومنهم من قال بغير ذلك علي التفصيل الآتي :

١ـ المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٥٥٩ والدكتور محمد بلتاجي المرجع السابق ص ٩٧ : ٩٨

أولا : ذهب المالكية : إلي أن الشهادة وحدها لا تكفي و التواصي بالكتمان يبطل الزواج ٠

ثانيا : جمهور الفقهاء :يقولون أن شهادة الشاهدين تكفي للإعلان ولأن الغالب في الزواج أن يحضره أربعة عدا المرأة وهم الخاطب والولي والشاهدان فيعلم به خمسة فتخرج عن أن يكون سراً ومع هذا يستحب الإعلان لحديث : { أعلنوا النكاح } ٠ (١) وهذا هو رأي الجمهور عدا المالكية ٠ (٢)

مفاضلة بين الرأيين :

أما الجمهور : فالظاهر من كلامهم أنهم عولوا علي الناحية القضائية الصرفة في وجود عقد الزواج ، فمتي وجد بأركانه وشروطه فقد استوفي حقه والإعلان عنه بعد وجوده أو التوصية بكتمانه لا تؤثر في ذاته باعتبارها أمورا زائدة خارجة عن العقد ٠

ولكن للرد علي هذا الرأي :

فيمكن القول أن هذه النظرية مع منطقيتها تغفل أن : الزواج لا يراد بذاته وإنما لأغراض ومقاصد شتي منها الإحصان والولد ومع الإستكتام لا يحصل الإحصان لأن المحصنات هن العفائف ، وكيف يكون لمن تلوكها الألسنة وتلحقها الظنة و تنالها الريبة والشك أن توصف في نظر الناس بالعفة ، مع العلم بأن حماية العرض مقصد من مقاصد الشرع ، وبالإستكتام يكون الولد عرضة للجحود فيضيع نسبه وتلحقه المعرة والأذى وحماية النسل من مقاصد الشرع وخلاصة هذا الأمر أنه : إذا لم تكن هناك إلا الحكمة من الإعلان لكفي ذلك في تضعيف رأي الجمهور ٠ (٣)

١- سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٩٠٨ - ص ٨٠٨

٢- الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٧٨

٣- الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٨٠

ومن الملاحظ أن : علماء عصرنا هذا يؤيدون ويرجحون مذهب الإمام مالك رحمه الله بل ذهبوا إلي أبعد من ذلك إذ أنهم قد أوصوا بالتوثيق حتي لا يكون هناك مجال للتلاعب و تعريض الأعراض والأولاد للضياع ومقالة السوء ٠ (١)

وإن أبين شئ في هذا الأمر هو ما ذكره الإمام محمد أبو زهرة ذلك أنه : دعا إلي اعتبار الكتابة شرطاً في عقد الزواج فهو يعتبر أن عقد الزواج عقد شكلي وأنقل هنا رأيه كاملا حيث يقول رحمه الله : " إن فقهاء القانون يقسمون العقود إلي قسمين :

القسم الأول : عقود رضائية : تتم ويعترف بها القانون ويرتب أحكامها ويظلها بحمايته بمجرد تحقق تراضي الطرفين وتوافق إرادتهما ٠

القسم الثاني :عقود شكلية : وهي التي لا يعترف القانون بها ولا تترتب أحكامها ويظلها بحمايته بمجرد التراضي عليها ، بل يشترط شروطا أخرى لترتيب الآثار وحمايتها و تنفيذها كالرسمية في بعض الهبات ، وعقد الزواج كما رأيت ينفي الشارع اعتباره ولا يرتب آثاره بحمايته بمجرد تراضي الطرفين عليها بل لابد من الشهر والإعلان بالشهادة علي مذهب الجمهور ، وبغيرها معها علي المشهور عند مالك رضي الله عنه ٠

فهو إذاً عقد شكلي لا رضائي وإن كان الرضا أساساً فيه عند جمهور الفقهاء ولا جدوى في أن يقال أن الشهادة في النكاح شرط انعقاد لأنه لا فرق بين باطل النكاح و فاسده من جهة ولأنه علي أي اعتبار لا يعترف الشارع الإسلامي بوجود العقد ويرتب الأحكام عليه مجرداً إذا لم ينشأ بشهادة الشهود ٠ " (٢)

١- الدكتور محمد سلام مدكور المرجع السابق ص ٤٦

٢- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٨٦

المبحث الثالث

الأدلة علي أن الشهادة شرط في صحة النكاح

ذكرت فيما سبق آنفا أن جمهور الفقهاء يرون أن الشهادة شرط في صحة عقد النكاح ولكنهم استدلوا علي رأيهم هذا بأدلة يري الباحث أن يوردها فيما يلي مع بيان أوجه استدلالهم بهذه الأدلة :

أولا : ما روي عن عمران ابن حصين عن النبي صلي الله عليه و سلم أنه قال {لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل } ٠ (١) وعن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ {لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل ما كان من نكاح علي غير ذلك فهو باطل } ، وقال ابن رشد : والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس { لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد } ، ولا مخالف لهم من الصحابة و كثير من الناس رأي هذا داخلا في باب الإجماع ٠ (٢)

ثانيا : ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلي الله عليه و سلم قال : { البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة } ٠ (٣) أي شهود ٠

ثالثا : ما جاء في الحديث الذي روي عن عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما : { لا نكاح إلا ببينة } ٠ (٤)

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - باب الشهادة في النكاح - حديث رقم ٢٦٧٤ ج ٦ ص ١٤٧

٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد كتاب النكاح - باب الشهادة - ص ٣٩٢

٣- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - باب الشهادة في النكاح - حديث رقم ٢٦٧٣ ج ٦ ص ١٤٧

٤- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - باب الشهادة في النكاح - ذكره عقب الحديث رقم ٢٦٧٥ - ج ٦ ص ١٤٧

وهو وإن كان موقوفا علي ابن عباس إلا أنه في حكم المرفوع إلي النبي صلي الله عليه وسلم إذ لا مجال فيه للرأي لأن اشتراط شرط شرعي لا يكون إلا بدليل شرعي ، و قول الصحابي فيما لا مجال فيه للرأي يأخذ حكم السنة المرفوعة إلي النبي صلي الله عليه و سلم ٠

رابعا : ما رواه مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل و امرأة فقال :هذا نكاح السر ولا أجيزه و لو كنت تقدمت فيه لرجمت ٠ (١)

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث علي اشتراط الشهادة في النكاح هو ما يلي : أن النهي الوارد في الأحاديث وارد علي الصحة لأنه هو المتبادر عند الإطلاق ووصف اللاتي ينكحن أنفسهن بدون شهود بالبغايا يفيد الوجوب لأن البغي الزانية فكان النكاح بدون شهود زنا و هو حرام فكان الإشهاد علي النكاح واجبا

ومن العقل :

ما يشهد علي أن الشهادة شرط صحة النكاح فإن النكاح يتعلق بالبضع و هو من الأمور الخطيرة وهو عقد العمر ترتبط به أواصر الأسرة ، ومن نتائجه الذرية وقد عهد من الشارع الحكيم الاحتياط في أمر الأبضاع علي وجه لم يعهد في غيره فكان لابد من المحافظة علي قداسة هذا العقد باشتراط الشهادة صيانة له عن الجحود والإنكار ولأنه عقد يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترط لعدم الجحود والإنكار للنسب فيضيع الطفل ٠ (٢)

حكم الإشهاد علي عقد النكاح عند الفقهاء :

اختلف العلماء في حكم الإشهاد علي عقد النكاح فمنهم من نفي الإشهاد كلية ولم

١ـ نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٤٧ ـ كتاب النكاح ـ باب الشهادة في النكاح

٢ـ الدكتورعبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ١٩٤

يستلزمه كما أشرت آنفا في صدر البحث وهو قول ضعيف لا يعمل به ٠
ومنهم من يستلزمها وقت إجراء العقد , ومنهم من لا يراها أمرا محتما عند العقد وإنما هو وسيلة للإعلان ولكن قبل البناء بالمرأة ، هذا وقد أشار الترمذى في كلامه إلي أن الإشهاد لم يخالف فيه إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم ٠ والمخالفون فريقان : فريق نفي الإشهاد كلية : فلم يستلزمه أو يستلزم له بدلاً وهؤلاء هم الشيعة الجعفرية تمسكاً بخلو القرآن الكريم عن النص صراحة علي الإشهاد في الزواج بيد أنه نص علي الإشهاد في البيوع والديون وهذه وجهة خاطئة :لأن اعتبار الشهادة في الأدنى يسوغ اعتبارها في الأعلى من باب أولي ولأن حقوق الأموال أخفض من حقوق الأبدان والنكاح عقد أبدان أيضا ولأن السنة قيدت مطلق القرآن الوارد في الزواج إذ المراد من الزواج المنصوص عليه في القرآن هو الذي ينعقد أمام الشهود ٠

وأما الفريق الثاني : فلا يري الشهادة شرطاً محتماً في الزواج ، وإنما يراها وسيلة إلي الإعلان فيحصل الغرض عندهم بالإشهاد أو الإعلان ، فأيهما حدث تم النكاح ، وبهذا قال أهل الظاهرية والإمام أحمد في رواية عنه وهو ظاهر مذهب المالكية غير أن المالكية لا يرون الإعلان كافيا بذاته عن الشهادة بل لابد من الشهادة ولكنها ليست محتمة عند العقد بل تتحتم قبل البناء والدخول فمن عقد ولم يشهد فعقده صحيح لكن لا يدخل بها حتى يشهد ٠ (١)

ولو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجز النكاح لأن الشرط هو الإشهاد علي العقد ولم يوجد وإنما وجد الإشهاد علي الإقرار بالعقد الفاسد والإقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد وبالإشهاد عليه لا ينقلب العقد الفاسد صحيحا ٠ (٢)

١- أنظر في ذلك بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد - ص ٣٩٢ وما بعدها

٢- المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ٣٥ وأيضا الدكتور أحمد الغزالي ص ٢٧٤ و ٢٧٥

الفصل الثاني

شروط الشهادة

يتكون هذا الفصل من مبحثين : يتناول الباحث في الأول منهما : شروط الشهادة التي اتفق حولها العلماء : مثل البلوغ والعقل والإسلام وغيرها ثم في المبحث الثاني : يتناول الباحث الشروط التي اختلف حولها العلماء مثل عدالة الشهود , والذكورة , والبصر , وزواج المسلم من امرأة كتابية إلي غير ذلك من تلك الشروط ٠

المبحث الأول

شروط الشهود المتفق عليها بين الفقهاء

هناك شروط للشهادة اتفق العلماء عليها مثل البلوغ والعقل والإسلام والتعدد وهناك شروط اختلفوا فيها ، وفي هذا المبحث أتناول الحديث عن الشروط التي اتفق عليها العلماء ولا خلاف بينهم حولها :

الشرط الأول : العقل :

أول شرط يجب تحققه في الشهود واتفق عليه جميع الفقهاء هو أن يكون الشاهد عاقلا مكتمل الفهم والإدراك واعيا متبصرا بكل ما حوله ، فلا تصح شهادة المجانين علي عقد الزواج إذ لا يتحقق الغرض من الشهادة وهو إعلان النكاح وإثباته عند الجحود والإنكار ٠

الشرط الثاني : البلوغ :

أما الشرط الثاني من الشروط الواجب توافرها في الشاهد فهو أن يكون بالغا مكتمل الرجولة وأسباب البلوغ ٠ فلا تصح شهادة الصبيان ولو كانوا مميزين وذلك لأنهم لا يتناسب حضورهم وشهادتهم مع خطورة هذا العقد من

جهة ولا يؤدي حضورهم إلي تكريم الزوجين أو تشريفهما من جهة أخري ولأن عبارتهم ملغاة لا قيمة لها ٠

ولما جاء عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : {رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ } ٠

وهناك قول لابن قدامه في المغني :

ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ٠ (١)

الشرط الثالث : الحـــــرية :

فيلزم عند جمهور الفقهاء غير الحنابلة أن يكون الشهود من الأحرار ذلك لكون الشهادة ولاية ولا يملكها العبد علي نفسه فأولي أن لا يملكها علي غيره ٠ وقال الحنابلة أن شهادة العبد تقبل مثل الأحرار وذلك لعموم آيات الشهادة وأخبارها ٠

الشرط الرابع : التعـــــدد :

أما الشرط الرابع من شروط الشهادة فهو شرط التعدد فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد مطلقا ، ويؤيد ذلك ما ورد عن النبي صلي الله عليه و سلم أنه قال :

{ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ٠ (٢)

ويفهم من ذلك أن التعدد ثابت بالنص ، وهو نصاب الشهادة المعروفة للإثبات في الأمور الشرعية لبعض الحدود فأولي أن يكون نصاب الشهادة التي يكون الغرض منها الإعلان والإشهاد هذا وقد اتفق جميع الفقهاء علي أنه : لا تجوز الشهادة في عقد النكاح برجل واحد ولا برجل و امرأة ٠

١- المغني لابن قدامه - كتاب النكاح - ج ٧ ص ٤٠٧

٢- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٧٤ - ج ٦ - ص ١٤٧

ولكن هؤلاء الفقهاء اختلفوا حول شهادة الرجل ومعه امرأتين وحول شهادة أربع نساء منفردات ، وهذا ما سأوضحه تفصيلا عند الحديث عن الشروط التي اختلف حولها العلماء في المبحث الثاني بمشيئة الله تعالي ٠

الشرط الخامس : الإسلام :

لا خلاف بين جميع الفقهاء علي أن : شرط إسلام الشهود هو أمر لابد منه في عقد النكاح إذا كان الزواج بين مسلمين فلا ينعقد عقد الزواج إلا بشهادة مسلمين وذلك إذا كان الزوجان مسلمين ، لأن النكاح من العقود الخطيرة وله اتصال بالديانة فلابد من أن يشهده مسلم لينتشر خبره بين المسلمين ٠

وهذه الحالة هي الحالة الأعم الغالبة في زواج المسلمين ، فإذا ما عُقد زواج المسلم علي المسلمة فلا يصح أن يشهد علي عقد نكاحهما غير مسلمين ٠

والسبب في ذلك : أن الشهادة هي من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم علي المسلم ، والذي يؤيده قول الحق سبحانه و تعالي : { ولن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا } ٠ (١)

كما أن الهدف من الإشهاد علي عقد الزواج هو ذيوع وتفشي أمره بين المسلمين وهذا لا يمكن حدوثه بحضور غير المسلمين ٠

١ـ سورة النساء آية رقم ١٤١

المبحث الثاني

شروط الشهود المختلف فيها بين الفقهاء

أما الأمور التي اختلف حولها الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في شهود عقد النكاح فهي : الإسلام : في حالة كون الزوجة كتابية ، والعدالة والنطق والبصر وغيره مما سأتناوله بشئ من التفصيل فيما يلي :

الشرط الأول :

شرط الإسلام إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية :

قد يحدث أن يتزوج رجل مسلم من امرأة كتابية سواء أكانت يهودية أم نصرانية في هذه الحالة اختلف الفقهاء في شرط إسلام الشهود وذلك علي التفصيل التالي :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية ووافقهم في ذلك الإمام محمد وزفر الحنفيان :

إلي : اشتراط إسلام الشهود في حالة ما إذا تزوج المسلم بكتابية واشترطوا وجوب أن يكون الشاهدان مسلمين ولا تصح شهادة الكتابيين عند ذلك ، لأن شهادتهما هي شهادة علي الزوج المسلم ولا تجوز شهادة غير المسلم علي المسلم واستدلوا علي ذلك بأن الشهادة علي النكاح من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم علي المسلم ، وذلك لقوله تعالي : {لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين } ٠ (١)

وأيضا استدل الجمهور لرأيهم هذا علي أن العدالة هي شرط في الشاهد في عقد النكاح أما الكافر بسبب كفره فهو ليس بعدل عندهم ٠

١- سورة آل عمران آية رقم ٢٨

أما أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما :

فقد ذهبوا إلي جواز شهادة الكتابيين علي عقد نكاح المسلم بالكتابية سواء كان الكتابيان متفقين معها أم مختلفين عنها لأن شهادتهما في هذه الحالة شهادة علي الزوجة الكتابية فهي الجانب الواجب مراعاته وقد استدلوا بما يلي :

أ - بأن الشهادة في النكاح هي شهادة علي المرأة لإثبات حق الزوج في ملك بضع المرأة ، وليست شهادة علي المسلم فتجوز ، ولهذا لو أنكر المسلم العقد لا تقبل شهادة الكتابيين عليه •

ب - بالقياس علي الولاية في الزواج : حيث اتفق الفقهاء علي أن الولي في الزواج يشترط فيه أن يكون موافقاً للمرأة في دينها فالمرأة الكتابية يجب أن يكون وليها كتابيا والشهادة أدني رتبة من الولاية فتجوز من الكتابي إذا كانت المرأة كتابية من باب أولي •

والراجح هو مذهب الجمهور :

لأن الشهادة علي النكاح ليست لإثبات ملك الزوج لبضع المرأة كما يري الحنفية بل هي واردة علي الزوجين حيث أن عقد النكاح يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر قصداً •

كذلك فإن الحكمة في اشتراط الشهادة في عقد النكاح :

هي صيانة هذا العقد عن الإنكار علاوة علي الإشهار والإعلان فيكون الأخذ برأي الجمهور هو الأحوط غير أنه إذا كانت هناك وثائق رسمية تصون العقد عن الجحود والإنكار مثل الوثائق الموجودة في عصرنا الحاضر فلا مانع من الأخذ بمذهب الحنفية لأن العقد الموثق ليس قابلا للإنكار إلا عن طريق الطعن بالتزوير • (١)

١- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ١٩٧

الشرط الثاني : العدالـــــة :

يجب قبل أن أتحدث عن العدالة كأحد الشروط الهامة الواجب توافرها في الشهود أن أقوم بتعريف معني العدالة المقصودة لذلك :

فالعدالة هنا يقصد بها :الاستقامة علي أوامر الدين واتباع تعاليم الإسلام ولو في الظاهر من الأحوال ٠

وعلي ذلك فتقبل شهادة مستوري الحال الغير معروفين بالفسق أو المجاهرين بالفجور والانحراف ٠

ولا يصح الزواج بشهادة الفاسق المستهتر بتعاليم دينه في المشهور من ذهب الشافعية وأحمد وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : {لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ٠ (١)

وإنما أكتفي بالعدالة الظاهرة من مستوري الحال بسبب أن النكاح يكون في الحضر والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفي في ذلك بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه ٠فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد ويكون منتجا لكافة آثاره٠٠(٢)

وعلي ذلك فيمكن للباحث أن يقول أن الفقهاء في مسألة عدالة الشهود قد انقسموا إلي قسمين وذلك علي التفصيل الآتي :

القسم الأول : رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة :

اشترط الجمهور عدالة الشهود :

وذلك لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : { لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل } ، وأنهم يعتبرون الشاهد عدلا بالنظر

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٧٤ - ج ٦ - ص ١٤٧

٢- المغني و الشرح الكبير المرجع السابق ج ٧ ص ٣٤١

إلي اعتبار دلائل الحال في ظاهر أمر الإنسان ومعظم أحواله بمعني أنهم يأخذون في القول بتوافر شرط العدالة من عدمه بمعيار ظاهر الحال ، فطالما أن الشخص معتدل في أحواله لم تظهر عليه دلائل الفسق أو أمارات المعصية فهو عدل في ظاهر الحال وتصح شهادته ، ولأن الشهادة علي النكاح من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة فلا تصح شهادته ، وفي هذا يقول الإمام الشافعي رضي الله عنه : ولا نجيز نكاحا إلا نكاحا عقد بحضرة شاهدين عدلين • (١)

وبناء عليه يتضح لنا أن المراد بالعدالة عند الجمهور : هي العدالة الظاهرة ولهذا تصح شهادة مستور الحال ومن لا يكون ظاهر الفسق وقد أخذ بذلك جمهور الفقهاء فاشترطوا في الشاهد أن يكون عدلا يجتنب الكبائر ولا يصر علي الصغائر ويتجنب ما يخل بالمروءة وتتحقق العدالة في شهود الزواج بأن يكون الشاهد مستور الحال غير معروف بالفسق أي أنه يكتفي بظاهر الحال • وعدالة الشاهد مطلوبة في كل حال ولكنها في الزواج أكثر طلبا وذلك لأنه مكرمة والفاسق أهل للإهانة لا التكريم ، ولأن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في الشهادة تصف الشهود بكونهم عدولا أو مرضيين •

هذا وقد استدل الجمهور علي اشتراط العدالة بثلاثة أدلة هي :

أولا : قول النبي صلي الله عليه و سلم : {لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل } •(٢) فالعدالة شرط بنص الحديث الذي أثبت لزومها •

ثانيا : أن الشهادة في النكاح من باب الكرامة لذلك العقد الخطير و لا كرامة للفاسق •

١- الأم للشافعي ج ٥ ص ١١٩

٢- ذكره الشافعي والبيهقي من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عنه موقوفا باللفظ المذكور (أورده في تلخيص الجبير ٣ / ١٦٢)

ثالثا :

أن الشهادة لها فائدة غير الشهر والإعلان وهو إثبات عقد الزواج عند جمهور الفقهاء فلابد أن يكون شهود هذا العقد من الصالحين لأداء الشهادة بأن يكونوا عدولا مقبولى الشهادة ٠ (١)

القسم الثاني : رأي فقهاء الحنفية :

جري رأي الحنفية علي القول بصحة شهادة الفسقة ذلك لأن القصد من الشهادة عندهم هو علانية الزواج وهذا يتحقق من العدول ومن غيرهم ٠

ولأن شهادة الفاسق أمام القضاء ليست مردودة في كل حال بدليل قول الحق سبحانه وتعالي : { يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ٠ ٠ } ٠(٢) فكانت شهادته بمقتضى هذا النص القرآني الكريم بعد التبين والتنبؤ من صدقه فتكون كافية في عقد الزواج ٠

هذا وقد استدل الحنفية لرأيهم بعدم اشتراطها بما يلي :

أولا :بأن الغرض من الشهادة هو الإعلان وهو يتحقق بحضور الفساق كما يتحقق بحضور الأبرار ٠

ثانيا : وبأن الفاسق أهل لأن ينشئ عقد الزواج لنفسه ولمن هو في ولايته فأولي أن يشهد عليه ، لأن الشهادة عليه أقل من إنشائه وقد ملك الإنشاء فيملكها بالأولي أي الشهادة ٠

ثالثا :وبأن الفاسق أهل لأن يتولي أمر العامة فأولي أن تكون له ولاية في ذلك الشأن الذي هو دونها بلا ريب ٠ (٣)

١- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٨٤ ١

٢- سورة الحجرات آية رقم ٦

٣- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٨٥

ومن جماع ذلك يتلا حظ لي : أن الحنفية لا يشترطون العدالة في شهود عقد النكاح وأن العقد ينعقد عندهم بشهادة الفاسقين لأن الفاسق من أهل الولاية علي نفسه ، وقد أجاز الحنفية والإمام أحمد في رواية : شهادة الفاسق لأنه يصلح أن يتولي الزواج بنفسه فيقبل لنفسه ولغيره ، وكل من يصلح أن يكون وليا في الزواج يصلح أن يكون شاهدا فيه لأن له أن يزوج نفسه ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره ، وكل من هو أهل للولاية هو أهل للشهادة لأنها من باب الولاية ، فإنه لما لم يحرم الولاية علي نفسه لم يحرمها علي غيره ، ثم إن الشهادة علي العقد تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات ٠

ولأن الفاسق يصلح أن يكون قاضيا وقلما يخلو واحد من الأئمة بعد الخلفاء الراشدين عن فسق ، فإذا صلح المقلد الفاسق لأن يكون قاضيا فيصلح أن يكون شاهدا كذلك لأنهما من باب واحد ٠

وقد يظن البعض أن اشتراط العدالة في الشهود يعد عائقا وحاجزا صعبا أمام الشهادة ولكن بالتفحص المنصف نجد أن الأمر ليس كذلك فإن العبرة في توافر شرط العدالة : هو بظاهر الحال فإذا كان المرء لم تظهر عليه قرائن الفجور ومستقيم في أحواله العامة فهو عدل في الظاهر ٠ (١)

مفاضلة بين الرأيين في مسألة عدالة الشهود :

عرضت فيما سبق لآراء جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وكذلك رأي الحنفية في مسألة اشتراط عدالة الشهود في عقد النكاح وبينت بشيء من التفصيل للأدلة التي اعتمد عليها كل منهم ورأي أنها تعضد رأيه وتؤيده وتقويه غير أنني أري أنه عند المفاضلة بين هذين الرأيين أجد أن النفس وطبائع الأمور وخاصة في عصرنا هذا الذي خربت فيه الذمم وفسدت فيه الضمائر فسادا كبيرا

١- نهاية المحتاج للرملي - ج٦ -ص ٢١٩

حتي بات أمرا عاديا : أن نجد شهود الزور علي أبواب المحاكم جاهزون لأن يدلوا بشهادتهم أمام القضاء لمن يدفع لهم الأموال دون أن يعلموا شيئا عن طرفي النزاع ولاعن أسباب الخصومة بينهم ، فتضيع بسبب هؤلاء حقوق كثيرة للعباد ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ·

ولذلك أري أنه بغير شك أن قول الجمهور أقوي دليلا :

لأن الشهادة تراد للإنشاء والإثبات ، والفاسق يرجح جانب الكذب فيه علي جانب الصدق فيخشى أن ترد شهادته عند الحاجة فلا يكون لتحملها نفع ·

ومن جانب آخر فإن الشهادة علي عقد الزواج نوع ولاية ، وقد أجاز العلماء ولاية الفاسق للضرورة ، وتخريجا عليه يمكن القول أنه :لا تقبل في السعة شهادة الفاسق وتقبل في الضرورة وقياسا علي شهادة غير المسلم متي دعت الحاجة إليه · (١)ويري البعض : أن شرط العدالة في الشهود علي عقد النكاح لا ينبغي أن يكون محلا للخلاف ، وقد يبدو للقارئ الكريم ضعف وجهة النظر التي استند إليها فقهاء المذهب الحنفي بل إن العلامة الكاساني وهو فقيه حنفي كبير ذكر أن : شهادة الفسقة لا تصح في حال تلبسهم بالفسق ، ولقد نص الحديث صراحة علي ضرورة اشتراط العدالة في شاهدي عقد الزواج بل أن منطوق الحديث يؤكد عدم وجود هذا العقد إلا بوجود : {ولي وشاهدي عدل } فأي محاولة بعد ذلك إنما هي مجرد تكلف يصعب التفكير حتى مجرد النظر إليها حيث لا مقال لأحد بعد كلام الله وكلام رسوله صلي الله عليه و سلم · (٢)

الشرط الثالث : النطـق :

اختلف الفقهاء في شرط النطق بالنسبة للشهود في عقد النكاح وهل تجوز شهادة الأخرس أم لا ؟ وذلك علي النحو التالي :

١- الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٨٥

٢- الدكتور يوسف قاسم المرجع السابق ص ١٢٢

أولا : جمهور الفقهاء : جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية يرون أنه لا يشترط النطق في شهود عقد النكاح بشرط أن يكون الأخرس له القدرة علي فهم الإيجاب والقبول بالإشارة أو الكتابة فهما كاملا لا لبس فيه ٠

ثانيا : الحنابلة : أما الحنابلة فإنهم يشترطون النطق في الشاهدين فلا ينعقد النكاح عندهم بشهادة أخرسين ، لعدم إمكان الأداء منهما ويلاحظ أنهم لا يشترطون هذا الشرط في ولي الزوجة فيصح عند الحنابلة أن يكون أخرسا ما دامت إشارته مفهمة ٠ (١) ، و يشترط البهوتي في كتابه كشاف القناع : أن يكون الشاهدان ناطقين لأن الأخرس لا يتمكن من أداء الشهادة ٠ (٢)

الشرط الرابع : البصر :

اختلف الفقهاء أيضا في شرط البصر بالنسبة للشهود في عقد النكاح وهل تجوز شهادة الأعمي علي عقد النكاح أم لا ؟ وذلك علي النحو التالي :

أولا :يري جمهور الفقهاء غير الشافعية :أن البصر ليس بشرط في الشهود فتصح شهادة العميان إذا كانوا يسمعون كلام المتعاقدين ويميزون بين الأصوات و يتيقنون منه تيقنا تاما علي وجه لا يحصل معه الشك مطلقا ٠

ثانيا : الشافعية : أما الشافعية فإنهم يرون أنه لا تصح شهادة الأعمى لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظ العاقد فلا يمكنه التمييز بين العاقدين فلذلك لا تصح شهادته وللشافعية قول آخر : وهو أنها أي الشهادة شهادة علي قول فصحت من الأعمىّ كالشهادة بالاستفاضة ، وإنما ينعقد بشهادتهما إذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين علي وجه لا يشك فيه كما يعلم ذلك من يراهما وإلا فلا ٠ (٣)

١- المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٥٣

٢- كشاف القناع ج ٥ ص ٦٦

٣- المجموع شرح المهذب للشيرازي ج ١٧ ص ٢٩٦

وفي هذا أيضا يقول الإمام السرخسي : " أنه لا تقبل شهادة الأعمى لأنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه إلا بدليل مشتبه وهو النغمة والصوت" (١)

الشرط الخامس :

سماع كلام العاقدين و فهم المراد منه واتحاد مجلس العقد

يري جمهور الفقهاء : أن عقد الزواج لا ينعقد بشهادة الأصم الذي لا يسمع كلام العاقدين ولا يفهم ماذا يقولون ، وكذلك لا ينعقد العقد بشهادة نائمين ولا ينعقد العقد بشهادة السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يتذكر بعد إفاقته ٠

وأيضا لا ينعقد العقد بشهادة من لا يعرف العربية إذا كان العقد باللغة العربية وعلي ذلك فيمكن أن نقرر وجوب سماع الشاهدين لكلام العاقدين وهو الإيجاب والقبول في مجلس واحد و هو ما يعبر عنه باتحاد مجلس العقد واتحاد مجلس سماع الشهود ٠ وعلي ذلك فلو سمع أحد الشهود الإيجاب و سمع الآخر القبول فلا يصح عقد الزواج أيضا ، ولوأن أحد الشهود سمع الإيجاب والقبول معاً ثم جاء الآخر عقبه فسمع الإيجاب والقبول وكان الشاهد الأول قد انصرف ، فلا يصح عقد الزواج مطلقاً في هذه الحالة وعلي هذا يتضح لنا وجوب أن يسمع الشاهدان كلام العاقدين من إيجاب و قبول معاً في مجلس واحد ، وأن يفهما معا المراد منهما ، فإن كان الإيجاب والقبول بالإشارة فوجب أن يفهمها الشاهدان فهما لا لبس فيه وإن كانت الصيغة بلغة لا يعرفها الشاهدين فتحتم أن يوجد مترجم أمين لهما حتي يفهما المراد من كلام العاقدين ٠

وعلي ذلك فيمكن أن نستخلص الشروط الواجب توافرها في الشاهدين بمايلي:

أ - السمع ولو برفع الصوت ذلك حيث أن المشهود عليه في عقد النكاح هو قول وكلام فوجب أن يسمعه الشاهدان وعلي هذا فلا يصح أن ينعقد عقد النكاح بشهادة أصمين ٠

١- المبسوط للسرخسي - ج ٥ - ص ٣٢

ب - أن يسمع الشهود في وقت واحد الصيغة الصادرة من العاقدين مع فهم معناها ليتحقق الإعلان وشيوع العقد بين الناس ، وإذا حضر الأصم مجلس العقد ، أومن لا يد رك معاني الألفاظ التي اشتملت عليها صيغة العقد ، أو إذا كان نائما أو عرض له عارض كإغماء أو جنون أو عته ونحو ذلك فلا تصح الشهادة لأن حضوره كعدمه ، وإذا كان التعبير عن الصيغة بالإشارة فإنه يشترط رؤية الشهود وفهمهم المراد منها وإلا بطلت الشهادة ٠ (١)

ج - ولابد أن يسمع الشاهدان شطري الصيغة في وقت واحد مع فهم المراد منها فلو سمعا الإيجاب و لم يسمعا القبول أو العكس لم تصح الشهادة و يبطل العقد ، واختلاف الشهود في المكان والزمان يمنع من صحة عقد النكاح ٠ (٢)

د - وإذا سمع واحد بعد واحد كما لو سمع أحدهما الإيجاب والقبول ثم أعيد العقد بحضرة الثاني وحده لم يصح العقد عند أكثر الفقهاء ، لأنه يلزم أن يشهد الشاهدان معا عند إبرام عقد النكاح ٠ (٣)

الشرط السادس :

شرط الذكورة وبيان مشروعية شهادة النساء في عقد الزواج :

وأما اشتراط أن الشهادة تكون برجلين أو برجل وامرأتين أو غير ذلك :

فإن الفقهاء قد اختلفوا في هذا الأمر وهو شرط ذكورة الشهود في عقد الزواج وذلك على النحو الآتي تفصيلا :

اتجه الفقهاء في هذا الأمر إلي ثلاث آراء مختلفة أوردها تفصيلا فيما يلي :

أولا : الرأي الأول : هو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة :

الذين يرون : أن الذكورة شرط في الشهادة ، وأن الإشهاد علي الزواج لا يصح

١- الدكتور عبد العزيز سمك المرجع السابق ص ٨٢

٢- المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ٣٥

٣- نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص ١٢٧

إلا برجلين فلا تصح فيه شهادة رجل وامرأتين ولا تصح فيه شهادة النساء منفردات ٠

وعلي هذا فيمكننا أن نقرر أنه عند الجمهور :يجب أن يكون الشاهدان ذكرين فلا يصح عندهم عقد الزواج بشهادة النساء وحدهن أو بشهادة رجل وامرأتين لخطورة العقد وأهميته ، بخلاف الشهادة علي الأموال والمعاملات المالية ٠

قال الزهري : مضت السنة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولأنه عقد ليس بمال ولا يقصد منه المال ويحضره الرجال في الغالب من الأحوال فلا يثبت بشهادة النساء كالحدود ٠ (١)

وعند الشافعي رحمه الله لا ينعقد عقد النكاح بشهادة النساء ذلك أن شهادة النساء مع الرجال إنما تكون حجة في الأموال ، وفيما يكون تبعا للأموال باعتبار أن المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الحرج بإشهاد رجلين ولا ضرورة في قبول شهادة النساء في النكاح ٠ (٢)

و قد استدل الجمهور علي رأيهم هذا بالأدلة الآتية :

أ ـ من القرآن الكريم :

قوله سبحانه وتعالي : {وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله } ٠ (٣)

وهذا في الرجعة فقد أمر الحق سبحانه وتعالي فيها بشاهدين وهي أخف حالا من عقد النكاح فيكون الحكم كذلك في النكاح من باب أولي فإن الله سبحانه وتعالي أمر بإشهاد رجلين عدلين في حالة الطلاق أو الرجعة فتكون مطلوبة عند الانعقاد من باب أولي ٠ (٤)

١ـ المغني و الشرح الكبير ج ٧ ص ٣٤٠

٢ـ نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٢١٧ ١

٣ـ سورة الطلاق آية رقم ٢

٤ـ الحاوي الكبير ج١١ ص ٨٧

ب - من السنة النبوية الشريفة :

تمسك الجمهور من السنة بظاهر قول النبي صلي الله عليه و سلم : {لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل } ٠ (١)

والشاهدان مثني في الذكور فيقتصر عليه ذلك لأن الرسول صلي الله عليه و سلم أوجب شهادة رجلين عدلين كما يفهم من الحديث الشريف ٠

أيضا قال الجمهور :أنه قد مضت السنة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق وهو قول الزهري الذي أورده بن قدامه في المغني والذي قال بأن معني مضت السنة أي سنة النبي صلي الله عليه و سلم ٠ (٢)

ثانيا : الرأي الثاني :

وهو رأي الأحناف والزيدية وبعض التابعين :

وهم يرون أن النكاح كغيره من العقود يصح بشهادة رجل وامرأتين وذلك قياسا علي المعاملات المالية ٠

وقد استدلوا علي ذلك بأدلة أوردها فيما يلي :

أ - القرآن الكريم :

قوله تعالي : {واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى } ٠ (٣) فقد قالوا : بأن هذا حكم عام وإن كانت الآية أصلا في سياق الشهادة علي الأموال إلا أنها أتت كحكم عام ٠

ويتفرع عن ذلك أنه لا يصح العقد بشهادة رجل واحد ولا بشهادة رجل وامرأة ولا بشهادة النساء وحدهن منفردات لأنه لا يتحقق به الإعلان الذي أراده

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٧٤ - ج ٦ - ص ١٤٧

٢- المغني و الشرح الكبير ج ٧ ص ٣٤٠

٣ سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

الشارع الحكيم ، وهذا محل اتفاق في المذاهب الأربعة المشهورة ولأن النساء لا يجوز لهن أن ينفردن بالشهادة إلا في مواضع معينة لا يطلع عليها غيرهن والفرض في المرأة هو التستر والبعد عن مجالس الرجال ٠

وعند الحنفية يكتفي بامرأتين مع الرجل في الشهادة لأن الشارع الحكيم جعل المرأة علي النصف من الرجل واتساقا مع قوله تعالي : {أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى } ٠ (١)

ب - من السنة النبوية الشريفة :

ما روي عن مالك عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت ، ومعلوم أن عمر بن الخطاب من كبار الصحابة رضوان الله عنهم جميعا وقد قال ما قاله ولو كان في قوله شئ مخالف للسنة لكان قد اعترض عليه كبار الصحابة وفقهاءهم وهم كُثر في ذلك الوقت رضي الله عنهم جميعا ٠

ثالثا : الرأي الثالث :

وهو رأي الظاهرية :

إذ يري الإمام ابن حزم الظاهري : أنه لا يلزم في الشهادة علي النكاح الذكورة مطلقا فلو أن أربع نسوة شهدن علي عقد النكاح فإن عقد النكاح يكون صحيحا ٠ واستندوا في ذلك علي : أن الشارع جعل شهادة المرأة علي النصف من شهادة الرجل وتمسك بالحديث الذي رواه الإمام مسلم أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : { شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل } وهو عام في كل شئ ٠ (٢)

١- سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

٢- المحلي لابن حزم ج ١٠ ص ٥٨١

وقال أيضا : لم يبلغنا عنه (أي عن النبي صلي الله عليه وسلم) من طريق صحيح أنه خص شهادة بحق دون حق ، ولم يبلغنا أيضا أنه يلزم أن يكون معهن رجل حتي تقبل شهادتهن فكان اشتراط الذكورة خالصة أو مشاركة تحكما بلا دليل ٠ (١) ، ومن هنا نرى أن ابن حزم الظاهري يقول : أنه يجوز النكاح بالإعلان المتفشي وبشهادة رجل وامرأتين عدول و بشهادة أربع نسوة ٠

و يقول ابن حزم في تعليل ذلك :

أما الإعلان فلأن كل من صدق في خبر فهو في ذلك الخبر عدل صادق بلا شك فإذا أعلن النكاح فالمعلنان له به بلا شك صادقان عدلان فيه فصاعدا ، وكذلك الرجل والمرأتان فهما شاهدا عدل بلا شك ، وأما الأربع نسوة فلقول الرسول صلي الله عليه و سلم : { شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل }، ثم ينقض بن حزم قول مالك ومن وافقه : في أنه إذا استكتم الشاهدان فهو نكاح سر باطل وذلك لأنه لم يصح قط نهي عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان ، ثم ليس سرا ما علمه خمسة : الزوج والزوجة والولي والشاهدان ٠ (٢)

مناقشة الآراء السالفة الذكر :

من كل ما سبق ذكره يتضح لي أنه :

لكل رأي من الآراء الثلاثة وجهة معقولة وكل منهما يصلح لظرف ما فليكن إعمالها بحسب الحالة والذي يظهر أن الذكورة هي الأصل في الشهادة علي النكاح ، فمتي توفر الأصل وهو الذكورة كما هو الحال في البلاد الإسلامية : فالشهادة للذكور وان غابوا أو ندر العدول المرضيين عند العقد فرجل

١- بحوث الشهادات لابن حزم ص ٥٦٤

٢- المحلي لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٥ - وأنظر أيضا في كل ذلك : الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٨٣

وامرأتان عملا بمذهب الحنفية وقد يحدث في غير بلاد المسلمين ألا يوجد رجل مسلم ليشهد علي عقد النكاح فعندئذ تظهر الحاجة إلي شهادة الأربع من المسلمات عملا بمذهب الظاهرية •

وعلي الرغم من ذلك فإنه من الملاحظ من سياق نص الآية الكريمة : {فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان } • (١) أن الأصل في الشهادة هو شهادة الرجال ولكن إذا تعذر أو ندر الرجال فيجوز أن تقبل شهادة المرأتين مع الرجل وإلا ما جاء النص الكريم علي هذا النسق • (٢)

وإنني هنا وفي هذا السياق أري أنه من الضروري أن أذكر أن هناك من العلماء المحدثين من يذهبون إلي القول برأي الحنفية وذلك في جواز شهادة امرأتين مع شهادة الرجل في عقد النكاح بأدلة أورد بعضها فيما يلي :

يقول في ذلك صاحب ظلال القرآن :

ذلك أنه لابد من شاهدين علي العقد ولكن ظروفا معينة قد لا تجعل وجود شاهدين أمرا ميسورا ، فهنا ييسر التشريع فتستدعي النساء للشهادة •

وهو إنما دعا الرجال لأنهم هم الذين يزاولون الأعمال عادة في المجتمع المسلم السوي الذي لا تحتاج المرأة فيه أن تعمل لتعيش فتجور بذلك علي أمومتها وأنوثتها وواجبها في رعاية أثمن الأرصدة الإنسانية وهي الطفولة الناشئة الممثلة لجيل المستقبل في مقابل لقيمات و دريهمات تنالها من العمل • كما قد تضطر إلي ذلك المرأة في المجتمع النكد المنحرف الذي نعيش فيه اليوم •

فأما حين لا يوجد رجلان فليكن رجل واحد وامرأتان ، ولكن لماذا امرأتان ؟ إن النص لا يدعنا نحدس ففي مجال التشريع يكون النص واضحا محددا معللا

١- سورة البقرة من الآية رقم ٢٨٢

٢- الدكتور أحمد الغزالي المرجع السابق ص ٢٨٣

{ أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى } ٠ (١) والضلال هنا ينشأ من أسباب كثيرة : فقد ينشأ من قلة خبرة المرأة بموضوع التعاقد مما يجعلها لا تستوعب كل وقائعه وملابساته ومن ثم لا يكون من الوضوح في عقلها بحيث تؤدي عنه شهادة دقيقة عند الاقتضاء ، فتذكرها الأخرى بالتعاون معا علي تذكر ملابسات الموضوع كله ، وقد ينشأ من طبيعة المرأة الانفعالية فإن وظيفة الأمومة العضوية والبيولوجية تستدعي مقابلا نفسيا في المرأة حتما تستدعي أن تكون المرأة شديدة الاستجابة الوجدانية الانفعالية لتلبية مطالب طفلها بسرعة وحيوية لا ترجع فيها إلي التفكير البطئ ، وهذا من فضل الله علي المرأة وعلي الطفولة وهذه الطبيعة لا تتجزأ ٠فالمرأة شخصية موحدة هذا طابعها حين تكون المرأة سوية ، بينما الشهادة علي التعاقد في مثل هذه المعاملات في حاجة إلي تجرد كبير من الانفعال ووقوف عند الوقائع بلا تأثر ولا إيحاء ، ووجود امرأتين فيه ضمانة أن تذكر إحداهما الأخرى إذا انحرفت مع أي انفعال فتتذكر وتفئ إلي الوقائع المجردة ٠ (٢)

وممن يؤيدون هذا الرأي أيضا في تجويز شهادة المرأة في عقد النكاح الإمام السرخسي حيث يقول في مبسوطه :

"وعندنا هي تصلح لذلك ، و للنساء مع الرجال شهادة أصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث أنه يغلب النسيان عليهن كما أشار الله تعالي في قوله : {أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى } وبانضمام إحدى المرأتين إلي الأخرى تقل تهمة النسيان ٠ " (٣)

١- سورة البقرة من الآية رقم ٢٨٢

٢- في ظلال القرآن للمرحوم سيد قطب ج١ ص ٣٣٧ طبعة سنة ١٣٩٥ هجرية

٣- المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ٣٣

ولكن يري البعض أن الرأي الراجح هو رأي الجمهور :

الذي يشترط توافر شاهدين عدلين لأن عقد الزواج يختلف عن العقود المدنية التي يكفي فيها شهادة رجلين أو رجل و امرأتين ، فالزواج من أخطر العقود وأجلها ، وشهادة الرجال عليه يناسب أهمية ذلك العقد وخطره ويكون أدعي لشيوعه وإعلانه ، فضلا عن أن هذا العقد يتم بحضرة الرجال والغالب في النساء التستر وعدم حضور مجالس الرجال ٠ (١)

وبالنظر إلي الواقع المشاهد بخصوص عقد الزواج يمكن للباحث أن يقول : أن المذهب الراجح من المذاهب الثلاثة التي ذكرتها آنفا هو مذهب الجمهور

ذلك أن الواقع يؤكد ندرة حالة الزواج التي يتعذر فيها وجود رجلين يشهدان علي هذا العقد ، فعلي مر القرون الطوال يبرم الناس عقود الزواج ولا يشهد عليها إلا الرجال ، هذا فضلا عن أن جمهور الفقهاء أيدوا ما ذهبوا إليه بنصوص صريحة في القرآن الكريم والسنة المباركة تؤكد أهمية وجود الرجال في عقد النكاح ، بل تأمر بشهادة الرجال في هذه ، فقوله سبحانه وتعالي : {وأشهدوا ذوي عدل منكم } جاء بخصوص الطلاق والرجعة ولم تذكر هذه الآية أي استثناء من وجوب شهادة رجلين عدلين ٠

في حين أن الاستثناء ورد في آية الدين ، كما أن النصوص الكثيرة الواردة في السنة تؤكد أن لا ينعقد صحيحا إلا بوجود شاهدين عدلين ، وقد سبق أن عرضت بعض هذه الأحاديث الشريفة وأكتفي بالإشارة إلي ما رواه الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم :

{ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ٠ (٢)

١- الدكتور عبد العزيز سمك المرجع السابق ص ٨٠

٢- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - حديث رقم ٢٦٧٤ - ج ٦ - ص ١٤٧

ولذلك فإننا نجد أن مذهب الجمهور هو الأليق بالاعتبار وذلك صونا للنساء عن مخالطة الرجال وللحديث الشريف : { لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } ٠ (١) فإنه ظاهر الدلالة في اشتراط الذكورة في شهود النكاح ٠ (٢)

ويري البعض : أن رأي الحنفية هو الوسط بين رأي الجمهور ورأي ابن حزم والذي قد يكون علاجا لبعض المواقف التي قد تجد والأكثر مسايرة لروح عصرنا الحالي ، ولا يتعارض مع المقررات الشرعية ٠ (٣)

شهادة الأصول والفروع في الزواج

تباينت آراء الفقهاء في مسألة شهادة الأصول والفروع في عقد النكاح ، ففي حين يري الأحناف رأيا نجد أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يرون رأيا آخر ، وسوف أبدأ بذكر رأي الأحناف في هذه المسألة الهامة مثنيا بعد ذلك برأي الجمهور وذلك علي النحو التالي :

يري الأحناف :

أنه من الجائز أن يكون الشاهدان أو أحدهما من أصول الزوجين أو فروعهما لأن الشهادة في الزواج للإعلان والإظهار وليس لمجرد الإثبات ، ويتفرع عنه أنه ما دامت قد جازت شهادة الأصول والفروع فقد جازت الحواشي ٠

أما جمهور العلماء :

فيرون أنه لا يجوز أن يكون الشاهد ممن يتهم في شهادته : كأب الزوجة أو ابنها ولا يجوز أن يكون الولي أحد الشهود لأن هؤلاء جميعا يتهمون بالتستر علي المرأة إذا وجدت مع رجل و ادعت أنه زوجها حتي لا يقام عليها الحد

١ـ نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب النكاح ـ حديث رقم ٢٦٧٤ ـ ج ٦ ـ ص ١٤٧

٢ـ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٠٠

٣ـ الدكتور محمد الشحات الجندي المرجع السابق ص ٢٩٥

ولا تفتضح كما يجوز أن ينعقد العقد بشهادة عدوي الزوجين أو عدو أحدهما أو عدو الولي وذلك لعموم الحديث الشريف : { وشاهدي عدل } ٠ (١)

هذا عند الحنفية والشافعية أما الحنابلة :

فإنهم يرون أن العقد لا ينعقد بشهادتهما لأن العدو لا تقبل شهادته علي عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده ٠ (٢)

ويتفرع علي أن النكاح لا يصح إلا بحضرة شاهدين كما تقدم ذكره أنه في بعض الحالات ينعقد بحضور شاهد واحد : هو ولي المرأة هذا عند الحنفية : وذلك مثل :

١-الأب إذا زوج ابنته البالغة بأمرها وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح النكاح عند الحنفية بحضرة شاهد واحد رجلا وامرأتين ويكون الأب هو الشاهد الثاني ، لأن الأب وإن كان قد باشر العقد إلا أنه يعتبر في هذه الحالة سفيراً أومعبراً عن ابنته فتنتقل عبارته إليها و تكون كأنها هي التي باشرت العقد

٢-إذا وكل رجلا في تزويج ابنته الصغيرة ، فزوجها الوكيل والأب حاضر وحضر شاهد واحد ، جاز النكاح لأنه قد اعتبر الأب أحد طرفي العقد والوكيل معبر عنه فيكون شاهد آخر ٠

٣- وكذلك إذا زوج وكيل المرأة بحضورها مع امرأتين صح النكاح لأنه قد اعتبرت المرأة في الصورة الأخيرة أحد طرفي العقد والوكيل معبر عنها فيكون شاهداً مع المرأتين ، بشرط أن تكون المرأة بالغة عاقلة حتى تتولى العقد بنفسها أما إذا كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فلا يصح العقد ٠ (٣)

١- كشاف القناع ج ٥ ص ٦٦

٢- المغني ج٦ ص ٤٥٣

٣- شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٣ ص ٢٠٦ و ٢٠٧

هذا و يود الباحث أن ينوه علي أنه :

قد جري العمل في القضاء في مصر : بالرأي الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة في المسائل التي لم يرد فيها نص في القانون ولا نص في نصاب الشهادة في القانون المصري ، وبالتالي فإن العمل في مصر في موضوع الشهادة هو بمذهب الحنفية الذين يجيزون أن تكون الشهادة في عقد الزواج برجلين أو برجل وامرأتين . وقد أخذ بهذا الحكم أيضا مشروع قانون الأحوال الشخصية حيث نص علي أنه : "يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين بالغين عاقلين رجلين أو رجل وامرأتين " .

ويدلل الباحث علي قوله هذا ببعض الأحكام الصادرة من القضاء المصري وذلك علي النحو التالي :

من أحكام محكمة النقض في الشهادة :

أولا : الوقائــع :

رفعت زوجة دعوى علي زوجها أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية طالبة الحكم بتطليقها منه طلقة بائنة للضرر ، وذكرت في دعواها أنها زوجته ومدخولته وأنها لا تزال علي عصمته وفي طاعته ، وأنه أصيب بمرض الارتخاء في الأعصاب الذي أقعده عن القيام بواجباته الزوجية وأنه دأب في الفترة الأخيرة علي الاعتداء عليها بالسب والقذف والضرب المبرح أمام أفراد أسرتها وجيرانها بما لا تستطيع معه دوام العشرة بينهما ، وبعد سماع شهود الطرفين حكمت المحكمة بتاريخ ٣٠ / ٣ / ١٩٧٥ بتطليق الزوجة المذكورة من زوجها طلقة بائنة للضرر ، استأنف الزوج الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة أحوال شخصية ، ثم وبتاريخ ٨ / ٢ / ١٩٧٦حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف ، فطعن الزوج علي هذا الحكم بطريق النقض ، وقد بني الزوج في طعنه في الحكم علي السببين التاليين :

أ ـ أن محكمة أول درجة استبعدت سماع أحد شاهديه ، بحجة منع الحرج والرحمة بالصغير ، في حين أن الشاهد المستبعد ابن الخصمين المتداعيين وهو بهذه المثابة أقرب الناس إلي صدق الرواية باعتباره معاشراً لهما وشهادته في هذا الخصوص تنصب علي مسألة غير مالية بالإضافة إلي أنه أوفي علي السادسة عشر من عمره فتوافر فيه شرط الشهادة وهو البلوغ .

ب ـ أن محكمة أول درجة و سايرها علي ذلك حكم الاستئناف : قد رجح أقوال شاهدي الزوجة ، و طرح شهادة شاهده ، في حين أن أقوال شاهدها الثاني جاءت سماعية مستقاة من الشاهد الأول ، الأمر الذي يفتقر معه نصاب الشهادة شرعا وهو ما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون .

ثانيا : حكم محكمة النقض :

عندما عرض الطعن علي محكمة النقض أقرته وجاء نص حكمها بما يلي :

وحيث أن النعي غير سديد في وجهه الأول : ذلك وإن كان يكفي لصحة الأداء في الشاهد البلوغ فلا يصح أداء الصبي و إن كان عاقلا .

أخذا بأن في الشهادة معني الولاية علي المشهود عليه لأن بها يلزم بالحق ويحكم عليه به والصبي لا ولاية له علي نفسه فلا يصلح للولاية علي غيره من باب أولي ، ولئن كان من أوفي علي السادسة عشر من عمره يكون بالغا إلا أنه لما كان يتعين انتفاء التهمة من الشاهد هو شرط لازم ، لترجيح جانب الكذب في الشهادة فلا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ، ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، اعتباراً بأن الولد بضعة من الوالد دون تفرقة بين كون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية أو الخلافات المالية لتوافر التهمة في الحالين فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الإبتدائى فيما جري عليه من استبعاد ابن الطاعن الزوج عن الإدلاء بشهادته يكون قد التزم النهج الشرعي السليم ، لما كان ذلك وكان لا يسوغ القول بأن استبعاد الشهادة علي النحو

السالف ينطوي علي حرمان الطاعن من استكمال نصاب الشهادة طالما أنه لم يقم الدليل علي طلب من محكمة الموضوع و بطريقة جازمة الفرصة له بالاستعانة بآخر بدلا من ابنه الذي رفضت سماع شهادته ، وإذا كانت المحكمة غير ملزمة بلفت نظر الخصوم إلي مقتضيات دفا عهم فإن النعي علي غير أساس ٠ وحيث أن النعي في وجهه الثاني في محله : وذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة : أن الأصل أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه ويقطع بصحته يقينا أخذا بأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك في غير الأحوال التي تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة في التطليق للإضرار ، لما كان ذلك وكان البين من الصور الرسمية لمحضر التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة أن الشاهد الثاني من شاهدي المطعون عليه : لم ير بنفسه اعتداء بالسب أو الضرب من الطاعن علي المطعون عليه وأن أقواله في أمر الشقاق بين الزوجين مستقاة من سماعه بذلك ، وكانت أقوال الشاهد بهذه المثابة لا يمكن التعويل عليها أو الأخذ بدلالتها كانت البينة في خصوص التطليق للضرر وفق المذهب الحنفي الواجب الإتباع من عدلين رجلين أو رجل وامرأتين فإن نصاب الشهادة الشرعية يكون مكتملاً ٠ (١)

١ـ مجموعة الأحكام الصادرة من دائرة الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض المجموعة الأولي ١٩٧٩ (من كتاب الدكتور محمد الشحات الجندي المرجع السابق ص ٢٩٧ومابعدها)

البـــاب الـــرابـــع

فـي حـكـم الـزواج الـعـرفـي :

وينقسم إلي خمسة فصول :

الفصل الأول :

في تعريف الزواج العرفي وأقسامه وصوره وأشكاله ثم الأسباب التي أدت إلي إنتشار ظاهرة الزواج العرفي ثم الحديث عن المأذون ووقت ظهوره وتاريخ إنشاء المأذونيات ثم بيان الموقف القانوني للعقود التي تتم بدون معرفة المأذون

الفصل الثاني :

في بيان الحقوق المترتبة علي عقد الزواج الصحيح والغير متوافرة بالنسبة لعقود الزواج العرفية ٠ثم مناقشة لبعض المشاكل القانونية المترتبة علي الزواج العرفي ٠

الفصل الثالث :

في بيان الآثار السلبية المترتبة علي عقد الزواج العرفي وكيفية الحد من إنتشارها ثم بيان حكم الزواج العرفي وهل هو باطل وحرام شرعا أم لا ٠

الفصل الرابع :

في طرق إثبات النسب في الزواج الشرعي الصحيح وفي الزواج العرفي ، ثم أتكلم عن شروط ثبوت النسب والزواج الفاسد وإبن الزنا وهل يثبت بهما النسب من عدمه ٠

الفصل الخامس :

في القيافة واللعان وتحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية كأحدث الطرق العلمية التي يمكن من خلالها التأكد من نسبة المولود إلي أبيه بصورة جازمة ورأي العلماء فيها ٠

الـــــفـــصـــل الأول

تعريف الزواج العرفي وأقسامه وصوره وأشكاله والأسباب التي أدت إلي إنتشاره والمأذون ووقت ظهوره و بيان الموقف القانوني للعقود التي تتم بدون معرفة المأذون

الـمـبـحـث الأول

تعريف الزواج العرفي وأقسامه وشروط العمل به وصوره وأشكاله

شرع الحق سبحانه وتعالي الزواج وجعل فيه سكنا ومودة ورحمة بين الأزواج حيث قال جل شأنه : {ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } ٠ (١)

إذن فعقد الزواج هو الذي يقوم عليه كيان الأسرة الصالحة وفيه تمييزوتكريم لبني الإنسان وإعلاء لشأنه من بين المخلوقات ذلك أن عقد الزواج يختلف عن سائر العقود لأنه عقد له قدسيته وسموه عن سائر العقود الأخرى بما شرعه الحق سبحانه وتعالي ورسوله الكريم صلي الله عليه وسلم من أحكام وضوابط تنظم هذه العلاقة العقدية السامية بين بني البشر ، وقد لوحظ أنه في الآونة الأخيرة وجدت ظاهرة خطيرة في المجتمعات وخاصة بين الشباب و الفتيات في الجامعات ألا وهي ظاهرة الزواج العرفي ، والزواج العرفي بهذه الكيفية يمثل مشكلة لأطراف هذا العقد ذلك لأنه في حالة إنكار أحد طرفي ذلك العقد فإن القانون لا يعتد بهذا الزواج عند الإنكار ، كما أنه لا يرتب أي حقوق مالية أو غيرها مثل حق النسب وغيرذلك من الحقوق وقد ظهرت مشاكلها بوضوح في وسائل الإعلام بصورة تشمئز منها النفوس الشريفة والضمائر الحية ٠

١ـ سورة الروم آية ٢١

فوجدنا في أوساط الجامعات فتيات وقد نبتت في أحشائهن أجنة لا يعترف بهم آبائهم فهذه قد تزوجت بدون ورقة وأخري فقدت منها وتلك هرب منها من عاشرها ولا تدري بحلية أو حرمة ما أقدمت عليه وموقف الشريعة والقانون من هذا الجنين الذي يتحرك في أحشائها ٠

تـــعـــريـــف الـــعـــرف

وبداية أحب أن أبدء بتعريف العرف قبل أن أسترسل في البحث بين ثنايا هذه المشكلة الخطيرة مشكلة الزواج العرفي :

الـــعـــرف :

الـعـرف : بضم أوله وسكون ثانيه والفاء : هو الموضع العالي المرتفع وجمعه أعراف كما جاء في القرآن ٠ والعرف هو المعروف ٠ (١)

وفي تفسير الجلالين : { وعلي الأعراف } قال : وهو سور الجنة ٠ (٢)

والعـرف : هو إسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلي الناس وكل ما ندب إليه الشرع ونهي عنه من المحسنات والمقبحات وهو من الصفات الغالبة : أي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه ٠

والمعروف :النصفة وحسن الصحبة مع الأهل وغيرهم من الناس والمنكر ضد ذلك والعرفاء : جمع عريف : وهو القيم بأمور القبيلة أو الجماعة من الناس يلي أمورهم ويتعرف الأمير منهم أحوالهم ٠

وهي أيضا كلمة تقال عند التهديد والوعيد : ففي حديث عوف بن مالك :

١- معجم البلدان لياقوت بن عبد الله الحموي ج ٤ ص ١٠٥

٢- تفسير الجلالين للإمامين جلال الدين المحلي وجلال الدين السيوطي - ص ١٤٦

لتردنه أو لأعرفنكها عند رسول الله صلي الله عليه وسلم أي لأجازينك بها حتى تعرف سوء صنيعك ،

ومن حديث طاووس أنه سأل ابن عباس :ما معني قول الناس : أهل القرآن عرفاء الجنة فقال : رؤساء الجنة ، ومنه الحديث :أهل المعروف في الدنياهم أهل المعروف في الآخرة ،

ويقال عرَّف فلان الضالة أي : ذكرها ، ويقال جاء رجل يعترفها أي : يصفها بصفة يعلم أنه صاحبها ،

ويقال : إذا إعترف لنا عرفناه أي : إذا وصف نفسه بصفة نحققه بها عرفناه ،

والمعترفين : هم الذين يقرون علي أنفسهم بما يجب عليهم ،

وذكر عن ابن عباس أنه قال :يأتي أصحاب المعروف في الدنيا يوم القيامة فيغفر لهم بمعروفهم وتبقي حسناتهم جامة فيعطونها لمن زادت سيئاته علي حسناته فيغفر له ويدخل الجنة ، فيجتمع لهم الإحسان في الدنيا والآخرة وفيه أنه قرأ في الصلاة :والمرسلات عرفا يعني :الملائكة أرسلوا للمعروف والإحسان،

والعرف : ضد النكر ، ولم يجد عرف الجنة أي ريحها الطيبة والعرف الريح ومنه حديث علي :حبذا أرض الكوفة أرض سواء سهلة معروفة أي طيبة العرف ،

وأيضا فيه : تعرف إلي الله في الرخاء يعرفك في الشدة أي اجعله يعرفك بطاعتك فيما أولاك من نعمه فإنه يجازيك عند الشدة والحاجة إليه في الدنيا ،

والعراف :هو المنجم الذي يدعي علم الغيب وقد إستأثر الله تعالي به ، وفي الحديث: من أتي عرافا أو كاهنا ، (١)

١- النهاية في غريب الأثر للمبارك أبو السعادات الجزري ج ٣ ص ٢١٦ وما بعدها

أقــــــسام الــــعـــرف

ينقسم العرف إلي ثلاثة أقسام :

الـــقـــســـم الأول : عرف قولي وعرف عملي ٠

والقسم الـثـانـي : عرف عام وعرف خاص ٠

والقسم الثـالـث : عرف صحيح وعرف فاسد ٠

وسوف أتناول بإيجاز توضيح ماهية هذه الأقسام الثلاثة فيما يلي :

القسم الأول :

أ ـ العرف القولي :

هو ما تعارف عليه الناس باللفظ والكلام الذي يبلغ حدا لا يفهم منه إلا هذا المعني فقط وذلك مثل : تعارف الناس علي أن يطلقوا كلمة الولد علي الذكر فقط دون الأنثي ٠

ب ـ وأما العرف العملي :

فهو مجموع العادات الفعلية العملية التي تعارف الناس علي إتيانها مثل تعجيل جزء من المهر وتأجيل بعضه أو مثل تعارف الناس علي بيع التعاطي من غير التكلم بلفظ العقد كبيع الصحف اليومية وركوب الناس للمواصلات العامة مثل التاكسيات والميكروباصات وغيرها ٠

القسم الثـانـي :

أ ـ العرف العام :

هو ما يتعارف عليه الناس جميعهم العامة منهم والخاصة ويشترط فيه أن يكون سائدا بين جميع أفراد المجتمع كإطلاق الولد علي الذكر دون الأنثي ٠

ب ـ وأما العرف الخاص :

فهو الذي يتعارف عليه أهل طائفة معينة وذلك مثل أن تتعارف مجموعة من الناس مثل الأطباء أو المهندسين أو المحامين مثلا علي عرف منتشر وسائد فيما بين جميع أفراد هذه الطائفة ٠

القسم الثالث :

أ ـ العرف الصحيح :

العرف الصحيح هو ما لم يخالف نصا من نصوص الشريعة الإسلامية ولا يفوت علي الناس مصلحة معتبرة ولا يجلب إليهم مفسدة راجحة وذلك مثل تعارف الناس علي أن ما يقدمه الخاطب إلي مخطوبته من ثياب وغيرها يدخل في معني الهدية ولا يعتبر جزءا من المهر ٠

وأيضا مثل تعارف الناس عند حلول موعد عقد الزواج علي دعوة الناس وتقديم الحلوى والمشروبات الحلال إليهم ٠وأيضا مثل ما تعارف عليه الناس من تقسيم المهر إلي معجل ومؤجل ٠

ب ـ العرف الفاسد :

وهو يكون بتعارف الناس علي أشياء تخالف نصوص الشريعة الإسلامية وذلك مثل تعارف الناس علي القروض الربوية وإعتيادهم لعب الميسر وغيرها مما يتصادم مع النصوص الشرعية ٠

أيضا يعتبر من العرف الفاسد كثير من صور الزواج العرفي التي سأذكرها في هذا البحث الذي لا يعتبر زواجا إطلاقا لإفتقاده الأركان والشروط الشرعية المطلوبة وكما ذكرت آنفا فإن العرف الذي يؤدي إلي التصادم مع النصوص الشرعية يعتبر عرفا فاسدا لا يلتفت إليه ٠

شــــروط الـعــمــل بــالــعــرف

إشترط العلماء أربعة شروط أساسية حتى يمكن القول بجواز العمل بالعرف :

الشرط الأول :

هو ألا يكون العرف مخالفا لنص شرعي أو لقاعدة شرعية :

وقد أوجب الفقهاء علي من يقضي في حكم شرعي أن يبحث في المصادر الأصلية المتفق عليها وأولها القرآن ثم السنة ثم الإجماع ثم القياس ٠

فإن لم يجد في تلك المصادر ولا في المصادر الأخرى التابعة لها كان عليه أن يبحث فيما تعارف عليه الناس من أعراف ٠

الشرط الثاني :

وجوب أن يكون العرف مضطردا ٠

وهذا الشرط أساسيا حتى يمكن القول بجواز العمل بالعرف ، ومعني أن يكون العرف مضطردا هو أن يكون متطابقا في جميع الحالات المتشابهة أو علي الأقل يكون تطبيقه في أغلب هذه الحالات ٠

الشرط الثالث :

يجب أن يكون العرف قديما لا طارئا ٠

ومعني ذلك هو وجوب كون العرف قديما أي يكون قد تعارف عليه الناس مدة طويلة من الزمن يمكن القول معها أن هذا الشيء مما قد تعارف الناس عليه لا أن يكون حديثا أو طارئا علي حياة الناس فإن هذا لا يسمي عرفا ٠

الشرط الرابع :

أن يكون العرف ثابتا ٠

ومعني وجوب كون العرف ثابتا هو أن يكون العمل به عند الناس بطريقة ثابتة غير متغيرة ، لإن العرف المتغير بين الحين والآخر لا يعمل به ٠

صــور الــزواج الــعــرفــي وأشــكــالــه

أصبحت كلمة الزواج العرفي تطلق علي عدة صور وأشكال فهي لا تقتصر علي صورة واحدة فقط وكل صورة من هذه الصور لها حكمها وضوابطها ٠

وسوف أتحدث بشئ من الإيجاز عن أهم هذه الصور والأشكال للزواج العرفي

الصورة الأولي :

يحدث أحيانا الزواج العرفي بين العرب في القبائل وبين أهل البادية وفي هذه الحالة يتم إجراء عقد الزواج بطريقة شرعية يراعي فيها حق الله وحقوق الزوجين حتى وإن لم يتم كتابة هذا العقد وتوثيقه ٠

الصورة الثانية :

قد يتم عقد الزواج بموافقة ولي المرأة وبشهادة الشهود وبإيجاب وقبول صحيحين ولكن يمتنع أطراف العقد عن توثيق هذا العقد عند المأذون ٠

وذلك حتى تتمكن المرأة من الحفاظ علي صرف المعاش الشهري الذي تقبضه من الحكومة بعد وفاة زوجها السابق ٠

الصورة الثالثة :

هو أن تقوم فتاة بالغة عاقلة أو أمرأة ثيب : بتزويج نفسها برضاها ، وبدون موافقة أوعلم والدها أو وليها ولكن بشهادة الشهود ، وهذه الصورة هي الغالبة في هذه الأيام ٠

الصورة الرابعة :

وهناك صورة أخرى من صور عقد الزواج العرفي : وهو ما يحدث بين بعض أهل الريف في دلتا وصعيد مصر : وهو أن تكون الفتاة المراد تزويجها أصغر من السن القانونية التي نص عليها القانون لتوثيق عقد الزواج أمام المأذون فيلجأ أهل الزوج وأهل الفتاة إلي إجراء العقد بطريقةعرفية سواء

كان بكتابة ورقة أو بدونها ولكن كل ذلك يكون بمراعاة جميع الأصول الشرعية المقررة من ولي وشهود وإشهار وإعلام وإكتمال جميع الأركان والضوابط الشرعية المقررة لعقد الزواج الصحيح وغير ذلك ثم بعد بلوغ الفتاة السن القانونية التي حددتها الدولة يتم توثيق عقد الزواج عند المأذون المختص ٠

الصورة الخامسة :

هناك صورة من صور الزواج العرفي مثل أن يقول الرجل للمرأة أنت زوجتي أمام الله وبلا شهود وبلا ولي ، وأحيانا تقول المرأة للرجل وهبتك نفسي بدون شهودوبدون ولي وأحيانا قد يتم كتابة ورقة بينهما يقوم الرجل بكتابتها لمن يدعي أنه قد اقترن بها وهذه الصورة هي من البشاعة والمخالفة لأحكام الدين ما لا يخفي علي ذوي الضمائر الحية ولكنها للأسف منتشرة بين بعض الأوساط في المجتمع حتى أصبحنا في الزمن الذي قال عنه النبي صلي الله عليه وسلم : {ستكون فتن القاعد فيها خير من القائم والقائم فيها خير من الماشي والماشي فيها خير من الساعي من تشرف لها تستشرفه ومن وجد منها ملجأ أو معاذ ا فليعذ به } ٠ (١) ، وعن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه قال : {كان الناس يسألون رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الخير وكنت أسأله عن الشر مخافة أن يدركني ، فقلت يا رسول الله إنا كنا في جاهلية وشر فجاءنا الله بهذا الخير ، فهل بعد هذا الخير من شر ؟ قال : نعم قلت : وهل بعد هذا الشر من خير ؟ قال : نعم وفيه دخن (٢) قلت : وما دخنه ؟ قال : قوم يهدون بغير هديي تعرف منهم وتنكر قلت : فهل بعد ذلك الخير

١- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - مختصر البخاري للإمام أبي العباس أحمد الزبيدي ج ٢ ص ٥٧٧ حديث رقم ٢١٩٢ - كتاب الفتن -

٢- الدخن : الفساد الباطن - التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - ج ٢ ص ٣٨٨

من شر ؟ قال : نعم دعاة إلي أبواب جهنم ومن أجابهم إليها قذفوه فيها قلت يا رسول الله صفهم لنا ، فقال :هم من جلدتنا ويتكلمون بألستنا قلت يا رسول الله فما تأمرني إن أدركني ذلك ؟ قال تلزم جماعة المسلمين وإمامهم قلت : فإن لم يكن لهم جماعة ولا إمام ؟ قال :فاعتزل كلها ولو أن تعض بأصل شجرة حتي يدركك الموت وأنت علي ذلك ٠ (١)

الصورة السادسة : الزواج بالدم :

هذه الطريقة الغريبة والشاذة ظهرت وإنتشرت بين الكثير من شباب الجامعات وفيها يقوم الشاب والفتاة بوخز إصبعيهما بما يشبه الإبرة حتى تسيل منهما الدماء وبعد ذلك يقومان بضم أصابعهما إلي بعضهما فتختلط دمائهما مع بعضها فيصبحان بذلك زوجين في زعمهما ٠ومعلوم أن هذا الزواج كان منتشرا في بعض القبائل الإفريقية والهنود الحمر بأمريكا٠

ومعلوم أنها مجتمعات غير إسلامية ولا تعمل بأحكام الدين الإسلامي الحنيف ولا شك أن هذه الصورة من صور الزواج العرفي تفتقد إلي الأركان والشروط الشرعية التي أوجبها الشارع الكريم لصحة عقد الزواج ، فهو بالإضافة إلي أنه حرام شرعا فهو وسيلة لنقل الأمراض الفتاكة مثل مرض الإيدز وأمراض فيروسات الكبد وغيرها من الأمراض الخطيرة التي تفتك بشبابنا ٠

الصورة السابعة : الزواج عبر الإنترنت وحكمه :

مع إنتشار التكنولوجيا ووسائل الإتصالات الحديثة وشيوع إستعمال الكمبيوتر بين شرائح كبيرة من المجتمع وخاصة بين الشباب فقد ظهرت صورة جديدة من صور الزواج العرفي ألا وهي صورة الزواج عبر الإنترنت ٠

١- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح للإمام أبي العباس الزبيدي حديث رقم ١٥٠٦ ص ٣٨٨ وأيضا فتح الباري ج ٦ / ٣٦٠٦

فحوي هذه الصورة هو أن يفتح الشاب جهاز الكمبيوتر ثم يدخل عبر الإنترنت يرسل الشباب عروض زواج عن طريق ما يسمي بالبريد الإلكتروني الخاص بهم ويطلب من الفتاة التي ترد عليه الموافقة علي الزواج منه وترسل صورتها له عن طريق الإنترنت فيوافق الطرفان علي الزواج ، ثم بعد ذلك يدخلان عبر الإنترنت طرفان آخران يكونان بمثابة شهود علي هذا العقد ثم يقومان بالتوقيع علي هذا العقد في البريد الإكتروني الخاص بهما ويصبح هذا الشاب وتلك الفتاة بهذه الصورة زوجين في زعمهما ، والحقيقة أن هذا الزواج باطل ولا يجوز شرعا وذلك لإفتقاده الأركان الأساسية لعقد الزواج والشروط والضوابط الشرعية الصحيحة وأهم هذه الأركان و الشروط والضوابط هو الصيغة وهي القبول والإيجاب ثم إتحاد مجلس الإيجاب والقبول وذلك لأن حكم المجلس حكم حالة العقد ولابد من أن يكون الشهود حاضرين في حالة العقد وإلا بطل عقد الزواج ، وإن من أهم المقاصد الشرعية التي شرع من أجلها الزواج هو إعفاف النفس ودوام العشرة الزوجية وتربية الأولاد إلي غير ذلك من الأمور وهو عقد لا ينتهي إلا بالطلاق أو الوفاة ، وهذه الأمور والشروط والضوابط والأركان الشرعية السابق ذكرها لا يتوافر أي منها في الزواج عبرالإنترنت لذلك فإن حكمه أنه عقد باطل وغير جائز ، وأن السبب في انتشار هذه الحالة هو أن هؤلاء الشباب والفتيات تعتريهم حالة من الجهالة الدينية وران علي قلوبهم فعل الحرام والتحايل علي أحكام الدين .

لذلك يهيب الباحث بأولياء الأمور : بأن يراقبوا أولادهم وبناتهم عند إستخدامهم لهذا الجهاز الحساس جهاز الكمبيوتر حتى لا ينحرفوا ويقعوا في الرذيلة ويحيدوا عن جادة الصواب ، وهذا لا يكون إلا بغرس القيم والأخلاق النبيلة في نفوسهم وبتربيتهم التربيةالدينية السليمة حتى يعرفوا معني الحلال والحرام وخطورة التحايل علي أحكام الدين التي هي عصمة للنفس ، ورضا الخالق العظيم وإتقاء سخطه وغضبه .

هل النية الحسنة في الزواج العرفي تصححه ؟ ٠٠

يلاحظ أن هناك من يتزوج عرفيا بغية أن يعف نفسه وألا يقع في الزنـا ولا شك أن هذا الرجل يحمل بين ثناياه نية طيبة حسنة ٠

ولكن يجب أن يصاحب هذه النية صحة العمل وصحة الفعل ، فالبيوت تؤتي من أبوابها والزواج عبادة وهو من أعظم السنن المؤكدة ولا يليق بالمسلم الصالح أن يتذرع بحسن النية وسلامة المقصد في مواقعة الحرام وتعدي حدود الله عز وجل ، وإن ما يقوم به من يتزوج عرفيا بالمخالفة لأحكام الشريعة الغراء هو مبني علي إعتقادات وتصورات أهل الجاهلية ، فقد ينسلخ المرء عن دينه دون أن يدري فتصدر عنه أفعال وتصرفات تشبه أحوال أهل الجاهلية التي منها صور قد تتكرر اليوم بل نشاهدها ونقرأ عنها كثيرا فمنها ما يسمي نكاح الخدن وهو مذكور في قوله تعالي : { ولا متخذات أخدان } ٠ (١) كانوا يقولون : ما استتر فلا بأس به وما ظهر فهو لؤم ومن هذه الصور الجاهلية والتي تحدث في الخفاء بين بعض الناس اليوم ما يسمي بنكاح البدل وهو أن يقول الرجل للرجل إنزل لي عن إمرأتك وأنزل لك عن امرأتي وأزيدك ٠

هذا وقد جاء في صحيح البخاري أن السيدة عائشة رضي الله عنها ذكرت أن النكاح في الجاهلية كان علي أربعة أنحاء - أي أنواع هي :

الأول :

هو نكاح الناس اليوم : يخطب الرجل إلي الرجل وليته أو ابنته فيصدقها (أي يعطيها مهرها) ثم ينكحها ٠

والثاني :

كان الرجل يقول لإمرأته إذا طهرت من طمثها (حيضها) : أرسلي إلي فلان

١- سورة النساء آية رقم ٢٥

فاستبضعي منه (أي ليجامعها) ويعتزلها زوجها حتي يتبين حملها ، ويسمي هذا نكاح الإستبضاع ، والغرض منه نجابة الولد •

والثالث :

هو أن يجتمع الرهط (ما دون العشرة)علي المرأة فيدخلون ، كلهم يصيبها فإذا حملت ووضعت ومر عليهم ليالي أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها ، فإذا ألحقت المولود بأحدهم لا يستطيع أن يمتنع منه الرجل •

والرابع :

هو نكاح البغايا : وفيه يجتمع ناس كثير فيدخلون علي المرأة لا تمتنع ممن جاءها وينصبن علي أبوابهن رايات تكون علما ، فمن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت إحداهن ووضعت ، دعوا لها القافة : (القافة جمع قائف وهو من يعرف الآثار) ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون فالتاط به (أي إلتصق به وثبت النسب بينهما) ودعي إبنه لا يمتنع من ذلك •

فلما بعث محمداً صلي الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم • (١)

فلذلك وجب علي المسلمين كافة أن يعرضوا عن أفعال الجاهلية بجميع صورها ويعودوا إلي ما أحل الله لهم وبينهم رسول الله صلي الله عليه وسلم قال تعالي : { ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث } • (٢)

١- رواه البخاري وأبو داود عن عروة رضي الله عنه - صحيح البخاري (٥١٢٧) وأبو داود (٢٢٧٢) وأنظر متن الحديث عن عروة في كتاب نيل الأوطار للشوكاني - كتاب النكاح - ج ٦ ص ١٨٥ - حديث رقم ٢٧٢٢

٢- سورة الأعراف آية رقم ١٥٧

المبحث الثاني

أسباب وجود ظاهرة الزواج العرفي

الأسباب التي دعت إلي ظاهرة الزواج العرفي :

هناك أسباب كثيرة هي التي أدت إلي هذه الظاهرة المقيتة ولكنني سأتحدث عن أهمها فيما يلي بمشيئة الله تعالي :

السبب الأول :

الإختلاط بين الرجال والنساء في أماكن العمل ودور العلم والرحلات :

الحق سبحانه وتعالي أمرنا بالفصل بين الرجال والنساء في أماكن العبادة وغيرها ففي الصلاة أوجب الشارع الحكيم أن تصلي النساء خلف صفوف الرجال ، وبالتمعن الفاحص لهذا الأمر نجد أن هذا الفصل بين الرجال والنساء هو لمصلحة الجميع ويتولد الخطر والفساد عند تكسير هذه القواعد بينهما حين تتولد بينهما الصداقة والزمالة وتزول الحشمة والحياء بين الإثنين ٠

ولا شك أن هذا الإختلاط بين الرجال والنساء لا يخلو من الضحكات والنظرات والخضوع بالقول ومصافحة المرأة للرجال الأجانب وتقليد المرأة للرجل في الملابس والحركات والتصرفات وأيضا لما قد يجره من تشبه بالرجال في اللباس والحركات وغيرها ومن تشبه الرجال بالنساء وتخنثهم وقد نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن تشبه الرجال بالنساء وتشبه النساء بالرجال فعن ابن مسعود قال : {لعن رسول الله صلي الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء ٠ (١)

---

١ - رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما - رياض الصالحين للنووي حديث رقم ١٦٣٩ ص ٣٤٥

وفي رواية : { لعن رسول الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال } ٠ (١)

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : { لعن رسول الله صلي الله عليه وسلم الرجل يلبس لبسة المرأة والمرأة تلبس لبسة الرجل } ٠ (٢)

وقد قال صلي الله عليه وسلم محذرا من هذا الإختلاط الغير موافق لتعاليم الشريعة الإسلامية الغراء : { لا يخلون أحدكم بامرأة إلا مع ذي محرم } ٠(٣)

وأيضا جاء في الحديث الذي رواه البخاري ما يفيد أن هذا الأمر يعم كل الرجال وكل النساء الأتقياء منهم والفجار الكبار والشباب ، حيث قال صلي الله عليه وسلم : { إياكم والدخول علي النساء فقال رجل من الأنصار : يا رسول الله أفرأيت الحمو ؟ قال : الحمو الموت } ٠ (٤)

والمراد من الحمو في الحديث هم أقارب الزوج غير آبائه وأبنائه مثل الأخ وإبن الأخ والعم وإبن العم وإبن الأخت وغيرهم ممن يحل لهم التزوج بها لو لم تكن متزوجة ٠

١- رواه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما - من كتاب رياض الصالحين للإمام النووي رحمه الله حديث رقم ١٦٣٩ ص ٣٤٥ ٠

٢- رواه أبو داود بإسناد صحيح - رياض الصالحين للإمام النووي رحمه الله حديث رقم ١٦٤٠ ص ٣٤٥ ٠

٣- متفق عليه من حديث بن عباس رضي الله عنهما - من كتاب رياض الصالحين للإمام النووي رحمه الله حديث رقم ١٦٣٧ ص ٣٤٤ ٠

٤- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - مختصر صحيح البخاري - للإمام أبي العباس أحمد الزبيدي حديث رقم ١٨٦٨ ص ٤٩٩ كتاب النكاح - وأنظر أيضا فتح الباري ج ٩ / ٥٢٣٢ - والحمو هو : أبو الزوج ومن كان من قبله ، أوهو : قريب الزوج كأخيه وابن أخيه وابن عمه ٠

وللأسف فقد جرت العادة علي التساهل فيه فيخلو الأخ بامرأة أخيه وابن العم بامرأة ابن عمه فتحدث الكوارث ويحصل ما لا يحمد عقباه ، فشبهه الرسول صلي الله عليه وسلم بالموت وهو أولي بالمنع من الأجنبي ، هذا والحق سبحانه وتعالي يقول : { وإذا سألتموهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب } ٠ (١)

السبب الثاني :

التفسخ الأسري وغياب رقابة الأب والأم :

إن التفسخ الأسري والمشاكل الأسرية الناجمة عن بعد الأبوين عن الدين وعدم تشئة أبنائهم التنشئة الإسلامية الصحيحة وغياب رقابة الأب والأم علي أبنائهم وبناتهم يؤدي إلي فساد الأولاد والبنات وتفشي المنكرات بسبب قلة الرعاية والمتابعة الدقيقة حتى أن إحدى الفتيات كانت تقول : " إن آباءنا لا تهمهم أمورنا ما دمنا لا نصل إلي البيت ونحن نحمل أجنة في أحشائنا " ٠ (٢)

فهذا القول يعبر عن مدي التسيب والإنحلال وإن ما يتخوف منه هؤلاء الآباء وهو حمل بناتهم قد وقع بالفعل وصارت رائحته تزكم الأنوف في المدارس والجامعات ، فالزواج العرفي وحمل الفتيات سفاحا وكثرة الأطفال اللقطاء كل هذا نتيجة طبيعية لهذا التفسخ الأسري ، وإن إهمال أولياء الأمور وسلبيتهم وتغاضيهم عن أخطاء أبنائهم وبناتهم لهو من أكبر الدوافع التي أدت إلي إنتشار الحرية الزائفة التي يتمسك بها بعض الشباب التي من خلالها يتصرف الشباب دون الرجوع إلي أولياء أمورهم ، فليس هناك الرادع القوي الذي يخاف منه الشباب من الجنسين ، بل إنه في بعض المجتمعات تكون الأم علي إدراك كامل بما تقترفه ابنتها من خطايا وأخطاء ، ولكنها تغض الطرف عنها وتتركها تحت وهم إيجاد فرصة للبحث عن عريس !! ٠

١- سورة الأحزاب آية رقم ٥٣

٢- الزواج العرفي للأستاذ سعيد عبد العظيم ص ٢٩

دون النظر إلي الإعتبارات الأخلاقية والدينية والإجتماعية وهل هذا الزوج الذي ستأتيها به ابنتها مناسب أم لا ؟ فالمهم هو الخلاص من جزئية العنوسة أو سلوك البنت المتردي فتترك الأم للبنت حرية التصرف دون الرجوع إلي القيم الفاضلة ومبادئ الدين ، وتتغاضي الأم عن التصرفات الخاطئة لابنتها بحجة أن يتعلق بها الشاب لكي يتم عقد الزواج في أسرع وقت ، وهذا يؤدي إلي كثير من المشكلات الزوجية والأسرية لأن الأساس الصحيح غير موجود وما بني علي باطل فهو باطل ، ويغيب عن الوالدين جزئية أن الله سوف يحاسبهم علي عدم المحافظة علي البنت ومراعاة تصرفاتها ويتركون لها حرية التصرف ويطلقون لها الحبل علي الغارب دون النظر إلي الأخلاق والقيم والدين كمرجع لكل تصرف تتصرفه البنت ، ولعل ذلك نابع من غياب الشعور بالوازع الديني والتمسك بالقيم والمبادئ عند كثير من أولياء الأمور وهذا مخالف لما ورد عن النبي صلي الله عليه وسلم : {إن الله سائل كل راع عما استرعاه حفظ ذلك أم ضيع حتي يسأل الرجل عن أهل بيته } ٠ (١)

السبب الثالث :

تخلي الرجل عن قوامته في بيته :

الحق سبحانه وتعالي يقول : { الرجال قوامون علي النساء بما فضل الله بعضهم علي بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله } ٠ (٢) هذه الآية الجليلة تظهر لنا بوضوح أن القيادة والرياسة في البيت هي للرجل ولكن كثيرا من الرجال في هذا الزمان تخلوا عن قوامتهم وأصبحت المرأة في بعض البيوتات هي الآمر الناهي حتى صار الرجل

١- صحيح الجامع - حديث رقم ١٧٧٤ - وقال حديث حسن

٢- سورة النساء آية رقم ٣٤

خاضعا خانعا ذليلا لامرأته فينشأ هؤلاء الأولاد والبنات في مثل هذه الصور وهم يشاهدون خنوع أبيهم وضعف شخصيته أمام زوجته فلا يقيمون له وزنا فيكثر الإنحلال في الأسرة وتشيع الفاحشة في البيت دون أن يستطيع الرجل أن يحرك ساكنا فيصبح ديوثا مثل التيس المستعار مع أن الرسول صلي الله عليه وسلم يقول : {لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها } ٠ (١) ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : {كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته والرجل راع في أهله ومسئول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها فكلكم راع وكلكم راع ومسئول عن رعيته } ٠ (٢)

السبب الرابع :

التبرج والسفور في أماكن العمل والمدارس والجامعات والأماكن العامة عند البعض ٠

الحق سبحانه وتعالي أمر المرأة بصيانة نفسها وبالتحجب والتعفف والتستر حيث قال سبحانه وتعالي : {يا أيها النبي قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن ذلك أدني أن يعرفن فلا يؤذين } ٠ (٣)

فلابد من الفصل بين الرجال والنساء وإذا خرجت المرأة إلي أماكن العمل وغيرها ٠

وعن السيدة أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت : قال رسول الله صلي الله

١- رواه الترمذي - من كتاب رياض الصالحين حديث رقم ٢٩١ ص ٨٤

٢- متفق عليه - التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح " مختصر البخاري " للإمام أبي العباس أحمد الزبيدي حديث رقم ٥٠١ ص ١٣٠ - وفتح الباري ج ٢ / ٨٨٨

٣- سورة الأحزاب آية رقم ٥٩

عليه وسلم : { أيما إمرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة } ٠ (١)
وقد قال سبحانه وتعالي في كتابه العزيز : { وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولي } ٠ (٢) ويجب علي المرأة أن ترتدي زيا تتوافر فيه جميع المواصفات الشرعية بأن يكون فضفاضا غير ضيق ولا يصف ولا يشف إلي غير ذلك من المواصفات الشرعية ، ولا يخفي علي المسلم الحصيف ما يحدث الآن في بعض دور العلم وبعض أماكن العمل وشواطئ البحر من تباري وتنافس البعض في العري والخلاعة ومتابعة الموضات ما لا يقل عن تبرج الجاهلية الأولي ، وعن أبي هريرة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : {صنفان من أهل النار لم أرهما : قوم معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس ونساء كاسيات عاريات مميلات مائلات رؤسهن كأسنمة البخت المائلة لايدخلن الجنة ولا يجدن ريحها وإن ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا } ٠ (٣)
فقد سماهن النبي صلي الله عليه وسلم كاسيات عاريات لأن المرأة تلبس الثوب القصير يستر بعضها ويكشف بعضها أو تلبس الثوب الضيق الذي يبرز مفاتنهاأو تلبس الثوب الشفاف الذي يصف بشرتها فهي كاسية ولكنها عارية في الحقيقة فإن خروج الفتاة بهذه المناظر الخليعة يؤجج نيران الشهوة لدي الشباب والفتيات أيضا فيلتقيان علي ما حرم الله ويلجأون إلي الزواج العرفي ظنا منهم أنهم بذلك قد أحلوا ما حرم الله ٠

السبب الخامس :

التحلل والحرية الزائفة :

إن الحرية كلمة براقة لها عذوبة في الأفواه ولذة في الأسماع وفي هذا العصر

١- رواه الترمذي - من كتاب رياض الصالحين حديث رقم ٢٩٢ ص ٨٤

٢- سورة الأحزاب آية رقم ٣٣

٣- صحيح مسلم ٢١٢٨ - من كتاب رياض الصالحين حديث رقم ١٦٤١ ص ٣٤٥

نعيش في وقت كثر فيه الخداع والتلبيس ورفعت فيه الشعارات والهتافات والصيحات وحرية الرأي والفكر وحرية المرأة إلي غير ذلك من الأمور ولا شك أن الإسلام أعطي للمرأة حقوقها كاملة غير منقوصة وساوي بينها وبين الرجل لكن كل هذا بضوابط شرعية وفواصل لا ينبغي علي الرجل أو المرأة أن يتخطاها فالإنسان عند إنحرافه عن منهج الله وكفره به يصبح عبدا لا محالة لغير الله فيصبح عبدا لهواه أو لشيطانه أو لامرأة أو عبدا للأوهام ٠فالإنسان إما أن يكون عبدا لله فتكون الحرية الحقيقية وإما أن يكون عبدا لسواه وهذا لن تحرره الضلالات والأوهام ٠

السبب السادس :

عدم تطبيق بعض أحكام الشريعة الإسلامية :

إن تطبيق الشريعة الإسلامية الغراء كاملة يؤدي إلي تحقيق الأمن والأمان في المجتمع وإلي أن يعيش الناس مع بعضهم البعض في طهارة وعفة وتواد وتواصل حيث قال تعالي : { صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة } ٠ (١)

وقال سبحانه وتعالي : { وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضي الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعصي الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا } ٠ (٢) ، ولقد أدي غياب تطبيق بعض أحكام الشريعة الإسلامية إلي حالة من الفوضى والإضطراب في المجتمع وبين أوساط الشباب والفتيات بصورة مخيفة ومفزعة ، حتى صرنا نسمع ونقرأ في الجرائد اليومية عن الذئاب البشرية وجرائم الإغتصاب في وضح النهار وعلي مرأي ومسمع من الناس ٠

١- سورة البقرة آية رقم ١٣٨

٢- سورة الأحزاب آية رقم ٣٦

ولذلك فما أحرانا أن نعود إلي شرع ربنا وتطبيق شرع الله علي كل حياتنا وتعاملاتنا اليومية حتى نحظى برضا ربنا ويتخلص المجتمع من مظاهر التهتك والفجور التي يعاني منها وقد قال تعالي : { فن اتبع هداي فلا يضل ولا يشقي ومن أعرض عن ذكري فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمي } ٠(١)

السبب السابع :

اختلاف فتاوي العلماء :

وقد أدي الكلام المجمل في موضوع الزواج العرفي لمزيد من الإضطراب بين الناس فهناك من العلماء من وصفه بالتحريم والبعض الآخر وصفه بالحل

ولذلك يري الباحث وجوب وضرورة وضع الضوابط الشرعية لصور الزواج الإسلامي الشرعي الصحيح حتى يقبل الناس عليه ، وكذلك بيان تلك الصور التي تخالف الضوابط الشرعية حتى يتجنبها الناس وينتهوا عنها ٠

وهذا يتطلب منا الرجوع إلي علماء الأمة المعتبرين وعلي رأسهم الأئمة الأربعة مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد ابن حنبل ونسير علي هداهم ونقضى بما أجمعوا عليه ٠ أو قال به جمهورهم ، وألا نلتفت إلي من يجعلون الحرام حلالا والحلال حراما لهوي شخصي أو مطامع دنيوية من غير المختصين ٠

وهذا مما نهي الله عنه واتفقت الشرائع علي تحريمه فقد قال سبحانه وتعالي :

{قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغي بغير الحق وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا وأن تقولوا علي الله ما لا تعلمون } ٠ (٢)

فيجب علي من يفتي في دين الله أن يتقي الله فيما يقول أو يفعل فإن من قال في القرآن برأيه من غير علم فقد أخطأ ٠

١- سورة طه آية رقم ١٢٣ و ١٢٤

٢- سورة الأعراف آية رقم ٣٣

فليس كل شخص مؤهل لأن يتحدث عن شرع الله ويجب علينا جميعا الرجوع إلي الكتاب والسنة والرجوع إلي علماء الأمة المعتبرين •

وقد قال الحق سبحانه وتعالي : {ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا علي الله الكذب } • (١) وعن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال : سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول : {لا تكذبوا عليَّ فإنه من كذب عليَّ فليتبوأ مقعده من النار } • (٢) وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : { تسموا باسمي ولا تكتنوا بكنيتي ومن رآني في المنام فقد رآني فإن الشيطان لا يتمثل في صورتي ومن كذب عليّ متعمدا فليتبوأ مقعده من النار } • (٣)

وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم {إن الصدق يهدي إلي البر وإن البر يهدي إلي الجنة وإن الرجل ليصدق حتي يكتب عند الله صديقا ، وإن الكذب يهدي إلي الفجور وإن الفجور يهدي إلي النار وإن الرجل ليكذب حتي يكتب عند الله كذابا } • (٤)

السبب الثامن :

غياب دور الإعلام في التوجيه الصحيح :

إن وسائل الإعلام المختلفة لها دور جبار ذو تأثير شديد علي عقول الناس وخاصة الشباب والفتيات منهم ، فما نراه ونشاهده في القنوات الفضائية المختلفة من مشاهد العري والخلاعة والمجون ما يثير الغرائز ويفسد

١- سورة النحل آية رقم ١١٦

٢- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - حديث رقم ٩٠ - ص ٣٨ ٣

٣- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - حديث رقم ٩٢ - ص ٤٨٣

٤- من كتاب رياض الصالحين للنووي حديث رقم ١٥٥٠ ص ٣٢٣ - باب تحريم الكذب

المجتمعات وقد أصبحت حربا ضروسا من أعداء الإسلام موجهة إلي الشباب والفتيات بالذات حتى أن هناك قنوات فضائية تخصصت فقط في بث الأفلام الجنسية وإظهار مشاهد العري والخلاعة . وذلك بغية تدمير الشباب المسلم وليتفشى الزنا في أوساطهم ، ويجب أن يكون للإعلام دور هام وهادف في النصح والتوجيه والإرشاد ، وأن تكون اللقاءات والبرامج الدينية والشرعية مع علماء الأمة الأجلاء المعتبرين وما خلت الأرض من قائم لله بحجة وإن هذا الأمر دين فلينظر الناس عمن يأخذون دينهم حتى تتبين لنا الضوابط الشرعية حول هذه الظاهرة التي إستشرت في المجتمع إستشراء النار في الهشيم .

السبب التاسع :

المغالاة في المهور وإرتفاع تكاليف الزواج :

إن من أهم أسباب إنتشار ظاهرة الزواج العرفي هو ما يحدث في الكثير من الأسر في هذا الزمان بل أكاد أجزم أنه في غالبية البيوت والأسر المصرية تحدث مغالاة هائلة في المهور ونفقات وتكاليف الزواج ، حتى أصبحنا نري الكثير من الأباء عندما يتقدم شاب للزواج من إحدى بناته فإنه يرهق كاهله بالطلبات الكثيرة والمهر الكبير المغالي فيه ، مما يجعل الشباب يعزفون عن الزواج حتى وصل بنا الأمر أن بلغ متوسط سن الزواج للرجل خمسة وثلاثون عاما ومتوسط سن الزواج بالنسبة للمرأة أصبح ثلاثون عاما ، في حين أن المغالاة في المهور وكثرة المطالبة بنفقات الزواج أمر غير مرغوب في الدين الإسلامي الحنيف الذي يحرص كل الحرص علي إتاحة فرص الزواج لجميع الشباب القادرين علي القيام بأعباء الزوجية .

وقد كره الإسلام المغالاة في المهور فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم في

الحديث الذي رواه عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم {خير الصداق أيسره } ٠ (١)ومما هو جدير بالذكر أن المهر كلما كان قليلا كان الزواج مباركا ٠ وأن قلة المهر دليل علي يمن المرأة وبركتها فقد ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : (لا تغالوا صداق النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوي عند الله كان أولاكم بها وأحقكم بها محمد صلي الله عليه وسلم ، ما أصدق امرأة من نسائه ولا أصدق امرأة من بناته أكثر من اثني عشر أوقية ٠٠) (٢) وقد وجدنا النبي صلي الله عليه وسلم يزوج رجلا فقيرا بخاتم من حديد وقال له { أنظر ولو خاتما من حديد } ٠ (٣)

ووجدنا النبي صلي الله عليه وسلم يزوج هذا الرجل الفقير الذي لا يملك من حطام الدنيا شيئا سوي آيات من كتاب الله يحفظها عن ظهر قلب فكانت مهرا لعروسه التي زوجه إياها رسول الله صلي الله عليه وسلم ٠

فكانت هذه الزيجات مملوءة بركة وخيرا وصلاحا علي أصحابها بفضل عدم المغالاة في المهور ، وذلك حين دعا النبي صلي الله عليه وسلم هذا الرجل وقال له : {ما معك من القرآن ؟ قال : معي سورة كذا وسورة كذا عددها فقال : تقرؤهن علي ظهر قلبك ؟ قال : نعم قال :إذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن } ٠ (٤)

١- أخرجه أبو داود وصححه الحاكم صحيح أبو داود ٢١١٧والحديث من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ـ كتاب الصداق ص ١٩٧

٢ـ من كتاب سنن ابن ماجه حديث رقم ١٨٨٧ ص ٣٢٨ وقال حديث حسن صحيح

٣ ـ صحيح البخاري ٥٠٨٧ وصحيح مسلم ١٤٢٥ والحديث ورد في كتاب سبل السلام للصنعاني من حديث سهل بن الساعدي حديث رقم ٩٠٧ ـ كتاب النكاح ـ ص ٨٠٤

٤ـ صحيح البخاري ٥٠٨٧ وصحيح مسلم ١٤٢٥والحديث ورد في كتاب سبل السلام للصنعاني حديث رقم ٩٠٧ ـ كتاب النكاح ـ ص ٨٠٤

وهكذا نجد أن جهل الناس بالتعاليم الدينية السمحة قد أرداهم إلي المهالك عندما حادوا عنها بالمغالاة في المهور وأبوا تزويج بناتهم إلا إذا دفع الزوج مبلغا كبيرا من المال يرهق كاهله ولا يستطيع الوفاء به وكأن المرأة سلعة يساوم عليها ، فنشأ عن ذلك كساد سوق الزواج وأصبح الحلال صعب المنال وإتجه كثيرمن الشباب والفتيات إلي الحرام السهل المتاح ٠

ونتج عن ذلك الزنا المقنع وإنتشاره بين هؤلاء الشباب فيما يسمي بالزواج العرفي الغير مكتمل الأركان والشرائط الشرعية حتى أصبح ظاهرة تخطت الجامعات وشبانها وفتياتها إلي شرائح كثيرة من المجتمع فأصبح المجتمع مهددا بالتحلل والإنهيار والخراب ، وهذا ما لا نرضاه لأمتنا وشبابنا وفتياتنا ٠

السبب العاشر :

تدهور دور المؤسسة التعليمية :

كان المسئولون عن التعليم في بداية الأمر يهتمون بالتربية قبل التعليم وكان الأساتذة والمدرسون في المدارس والجامعات يعلمون الطلبة الأخلاق الحميدة وحسن المعاملة قبل النواحي التعليمية ، وكانت المواد الدينية من أهم المواد التي تدرس لهؤلاء الطلبة ٠

أما اليوم فبسبب الإهمال في تدريس المواد الدينية وجعلها مواد غير أساسية وعدم احتساب درجات المواد الدينية من ضمن المجموع جعل الكثير من الطلاب لا يعيرونها الإهتمام الكافي ويعزفون عن قراءتها وحفظ نصوصها ، وتحول دور المدرسة إلي أن أصبح قاصرا علي المواد التعليمية والمعرفية فقط لينتهي بذلك دور التربية وتم إهمال المواد الدينية كل هذا وغيره أفرز أجيال جديدة من الشباب والفتيات لا يقيمون للتربية والأخلاق وزنا فإنعدمت الضمائر وأصبحت الكثير من المدارس والجامعات لايهمها وازع من ضمير أو أخلاق ٠

السبب الحادي عشر :

المحافظة علي المعاش من الزوج السابق :

في بعض الحالات يتوفى عن المرأة زوجها ويترك لها معاشا ، ثم يتقدم للزواج منها رجل آخر فتلجأ إلي الزواج منه زواجا عرفيا حتى لا ينقطع معاشها وهذا الفعلمخالف للشرع لأنه بعدم توثيق عقد الزواج وبعدم رسميته فيه مخالفة لأولي الأمر الذين أوجبوا علي الناس توثيق عقود زواجهم ولأنه ومن ناحية أخري فيه حرمة ظاهرة إذ بموجبه تأخذ المرأة أموالا بغير وجه حق وقد يوجد غيرها من هو أحق منها به ٠

السبب الثاني عشر :

الرغبة في عدم إعلام الزوجة الأولي :

في بعض الحالات يكون الزوج راغبا في الزواج من زوجة أخري لأي سبب كان ويخشي الزوج إن تزوج علي زوجته الأولي أن تعلم بهذا الزواج ٠

ذلك أن قانون الأحوال الشخصية المعمول به حاليا في مصريلزم الزوج والموثق بإعلام وإعلان الزوجة الأولي بزواج زوجها من أخري ، وجعل القانون للزوجة الأولي حق طلب التطليق في خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج الثاني إذا تضررت وأثبتت الضرر ٠

ولكي يتلاشي الزوج ذلك فإنه يلجأ إلي الزواج العرفي ليتحاشي المشاكل وحرصا علي مستقبل أولاده من الضياع إذا ما أصرت الزوجة الأولي علي طلب الطلاق ٠

السبب الثالث عشر :

إختلاف الطبقات الإجتماعية :

قد يتزوج الرئيس مرؤسته والخادم مخدومته والمدير سكرتيرته إشباعا لرغبات بداخلة ونزوات لا يستطيع كبح جماحها فيضطر إلي اللجوء إلي الزواج عرفيا

من مخدومته أو سكرتيرته التي عادة ما تكون أقل منه في المكانة الإجتماعية وغالبا ما تكون الفوارق الإجتماعية والطبقية كبيرة جدا بينهما فيضطر أن يتزوجها عرفيا للمحافظة علي كيانه ووضعه الإجتماعي وحرصا علي عدم التأثير علي المظهر العام لأسرته ٠

السبب الرابع عشر :

التهرب من التجنيد :

في بعض الأسر قد تكون المرأة أرملة توفي عنها زوجها ولها أولاد ولكنها ترغب في الزواج لأنها مازالت صغيرة وراغبة في النكاح ولكنها تخشى علي إبنها الأكبر من أن يلتحق بالخدمة العسكرية فتلجأ إلي طريقة الزواج العرفي لكي يحصل الإبن علي الإعفاء من الخدمة العسكرية بإعتباره العائل الوحيد لوالدته الأرملة حسب أحكام قانون الخدمة العسكرية ، وهذه الحالة وإن كانت قليلة الحدوث إلا أنها أحد الأسباب التي ينشأ عنها الزواج العرفي ٠

السبب الخامس عشر :

عدم موافقة الأهل علي شاب ترغبه إبنتهم :

أحيانا قد تعترض الأسرة علي الشاب الذي تقدم لخطبة إبنتها مع وجود توافق وتراض بين الولد والبنت الأمر الذي يجعلهما يتزوجان عرفيا بعيدا عن أعين الأهل ٠وإن من فطرة الله التي فطر الناس عليها ميل الرجل إلي المرأة ورغبته في صحبتها وسكنه إليها ، وكذلك ميل المرأة إلي الرجل ورغبتها في صحبته وإتخاذه سندا لها ٠وقد شرع الله لتحقيق ذلك كله نهجا قويما هو الزواج ومن مقدمات الزواج تقدم الرجل لخطبة المرأة وهذا ما يقع غالبا ، أو تقدم المرأة لطلب الزواج من الرجل وهو ما يقع نادرا وكلا الأمرين مشروع ٠

ويمكن أن تكون الرغبة حرصا علي التزويج من أسرة طيبة دون معرفة سابقة بالزوجة ، ويمكن أن تكون الرغبة نتيجة إعجاب وتقدير وقد يقع أحيانا ميل

قلبي وهوي نفسي والله وحده يعلم ما يجول في عقول الناس وما تخفق به قلوبهم وقد روي عن ابن عباس أنه قال : جاء رجل إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال :إن عندنا يتيمة وقد خطبها رجل معدم ، ورجل ميسور وهي تهوي المعدم ونحن نهوي الموسر فقال :صلي الله عليه وسلم : {لم ير للمتحابين مثل النكاح } ٠ (١) ، إن حب الرجل للمرأة وحب المرأة للرجل شعور إنساني ينبع من أصل فطري خلقه الله في أعماق الإنسان وهو الميل إلي الجنس الآخر عند بلوغ درجة من النضج العقلي والبدني ، وهذا الميل وما يتبعه من حب ليس أمرا خبيثا في أصله إنما الخبث والطهر يتعلقان بالإطار الذي ينطلق فيه هذا الميل فهناك إطار طاهر حلال وهناك إطار خبيث حرام أي أن الحب عاطفة نبيلة بنبل غايتها ، فإن كانت غاية الحب الزواج فما أنبلها من غاية فالدين لا ينكر الحب العفيف بل هو يريد له تمام العفة بأن يوثق برباط الزوجية إن القرآن الكريم يفسح المجال لإنطلاق مشاعر الإنسان نحو الجنس الآخر حتي في الفترة الحرجة أي فترة العدة وذلك في قوله تعالي : {ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم } ٠(٢) هي حقا فترة حرجة حيث مات الزوج من قريب ، ورغم هذا الحرج لم يضيق الشارع علي مشاعر الأحياء من الرجال والنساء واكتفي بوضع ضوابط محددة ترعي حق الميت ولا تضيع الحي ، تأملوا قوله تعالي : { علم الله أنكم ستذكرونهن } ٠ (٣)

حيث أن فيه إقرار للمشاعر الكامنة بين الجوانح ، وتأملوا قوله تعالي :

{ ولكن لا تواعدوهن سرا } ٠ (٤) ففيه نهي عن السلوك المنحرف ٠ (٥)

١- روي ابن ماجه قول الرسول صلي الله عليه وسلم فقط في كتاب النكاح - باب ما جاء في فضل النكاح - وأخرج القصة كاملة أبو عبد الله بن منده في الأمالي - سلسلة الأحاديث الصحيحة رقم ٦٢٤

٢و٣ و ٤ - سورة البقرة آية ٢٣٥

٥- الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ٦٩ و ٧٠

السبب السادس عشر :

تورط شاب وفتاة في علاقة آثمة فيضطران إلي الزواج العرفي :

يحدث في كثير من الأحيان نتيجة الإختلاط غير الشرعي بين الجنسين والتبرج والسفور وعدم التمسك بالقيم والمبادئ الدينية أن يتورط شاب وفتاة في علاقة آثمة غير شرعية ، وقد ينجم عن هذه العلاقة الآثمة في كثير من الأحيان أن تحمل الفتاة ويتحرك الجنين في أحشائها ويكون من الطبيعي في مجتمعاتنا الشرقية أن تخشي البنت علي نفسها من الفضيحة وانهيار كرامة أسرتها في المجتمع فتضطر إلي معالجة هذا الخطأ بخطأ آخر وهو أن تتزوج عرفيا بهذا الشاب الذي أقامت معه تلك العلاقة الآثمة ، والذي هو في كثير من الأحيان يتهرب منها بحجج واهية فتكون المصيبة أكبر علي البنت ، والفتاة المحظوظة هي التي يوافق عشيقها علي الزواج منها عرفيا في هذه الحالة ٠

السبب السابع عشر :

خلو قانون الجامعات والتعليم الثانوي من العقوبات الرادعة :

إن خلو قانون الجامعات والتعليم الثانوي من أية عقوبات تطبق علي كل طالب وطالبة يتزوجون عرفيا بعيدا عن الأهل ساهم إلي حد كبير جدا في إنتشار ظاهرة الزواج العرفي بين طلبة وطالبات الجامعات والتعليم الثانوي ٠

حتى أننا بتنا نشاهد بأم أعيننا فتيات في المراحل الثانوية المختلفة وقد حملن من سفاح معتقدات علي سبيل الخطأ أن هذا الزواج هو زواج شرعي صحيح ٠

وكذلك لم تخلوا الجامعات والمعاهد علي إختلافها من إنتشار هذه الظاهرة بل زادت الطامة الكبري بين هؤلاء الطلبة والطالبات حين يقوم الطالب بتطليق زميلته ويتزوجها زميله في نفس الحال أما م جمع من زملائهم معتقدين أن تلك الورقة العرفية التي يقومون بكتابتها ويوقع عليها زملائهم كشهود هي ورقة شرعية صحيحة ٠

ولو تضمن هذا القانون إنزال أقصي العقوبات من فصل ونحوه لما انتشر هذا الزواج بين طلاب وطالبات يأخذون ثمن غذائهم ومواصلاتهم من آبائهم ٠

السبب الثامن عشر:

قــصــور الــتــشــريــع :

لقد أدي قصور التشريع وعجزه عن مواجهة هذه الظاهرة إلي زيادة انتشارها وزيادة الآثار السلبية الناجمة عنها ٠

ففي عام ألفين ميلادية عندما صدر القانون رقم ١ السنة ٢٠٠٠أحوال شخصية بشأن تعديل بعض أحكام ونصوص ومواد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية كانت هذه المشكلة في أوج ظهورها وإنتشارها بين الشباب والفتيات في الجامعات المصرية ، حتى أننا شاهدنا حالات حمل كثيرة امتلأت بها أحشاء فتيات الجامعات نتيجة هذا الزنا المقنع المسمي بالزواج العرفي ٠

فإن الشاب من هؤلاء يأتي بزميلته في حضور زميلين لهما ويكتبان ورقة عرفية فيما بينهما ثم يعاشرها معاشرة الأزواج دون النظر إلي الضوابط الشرعية التي تنظم هذا الأمر وهل هذا العقد مكتمل الأركان والشروط الشرعية وحلال أو حرام من عدمه حتى أصبحنا نشاهد مجموعات من الشباب وفتيات الجامعات يستأجرون شقة ويعيشون فيها كل إثنين مع بعضهما في غرفة علي أنهما زوجين ولا بأس من التطليق وتبادل الزوجات في نفس الشقة في إباحية مقيتة ينتهك فيها العرض ويغضب فيها الرب ويخالف فيها الشرع ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ٠

فعندما صدر القانون رقم ١ السنة ٢٠٠٠معدلا للقانون سالف الذكر جاء بالمادة رقم ١٧ بشأن دعاوى الزوجية ما هو نصه :

(لا تقبل الدعوي الناشئة عن الزواج إذا كانت سن الزوجة يقل عن ستة عشر سنة ميلادية أو كان سن الزوج يقل عن ثمانية عشر ميلادية وقت رفع الدعوي

ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الواقعة اللاحقة علي أول أغسطس سنة ١٩٣١م ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، **ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة)** ٠

هذه الفقرة الأخيرة بالذات من هذه المادة غريبة في نصها فقد اعتقد المشرع الوضعي أنه يساهم بذلك في حل المشاكل الناجمة عن الزواج العرفي في حين نجد أنه قد زاد الأمر بذلك تعقيدا وفتح الباب علي مصراعيه أمام الفتيات ليتزوجن بورقة عرفية ٠

والسبب في ذلك أن هذه المادة لم تعترف بشرعية الزواج العرفي ثم جاءت بعد ذلك لتعترف بآثاره وهذا من التناقضات الغير مفهومة ، إذ أعطت هذه المادة الحق للمرأة لرفع دعوى الطلاق إذا كان ثابتا بأية كتابة أي بورقة عرفية حتى لو كان هذا الزواج العرفي غير صحيح شرعا ، كما وأنه ومما يثير الإنتباه أن هذه المادة لم تشترط في الورقة التي يجوز رفع دعوى الطلاق بها أن تتوافر فيها أركان عقد الزواج وضوابطه وشروطه الشرعية وإنما جاء النص مطلقا لإجازته رفع دعوى الطلاق بأية ورقة كانت دون النظر إلي شرعيتها من عدمه **ومكمن الخطر هنا هو ظهور مشكلة علي الجانب الآخر لم يعالجها المشرع الوضعي بقصوره آنف البيان ألا وهي أنه :**

في حالة ما إذا تزوجت إمرأة زواجا عرفيا ولم ينكر الزوج هذا الزواج ولكن أنكرت المرأة هذا العقد وهذه الورقة العرفية ثم بعد مدة تزوجت هذه المرأة بزوج آخر بموجب وثيقة رسمية فما هو التكييف القانوني والشرعي للزوج الأول الذي يري زوجته بين أحضان رجل آخر بقوة القانون ؟ ؟ ٠

لم يعالج المشرع الوضعي في تعديلاته الواردة في القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ هذه المشكلة ٠

إن الشريعة الإسلامية الغراء لا تبيح لمثل هذه الزوجة أن تتزوج برجل آخر مطلقا طالما هي في عصمة الزوج الأول سواء كان الزواج قد تم بورقة عرفية أو رسمية طالما كان مستوفيا لأركانه وضوابطه وشروطه الشرعية ٠

إذ لم يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية وجود وثيقة رسمية من عدمه لصحة عقد الزواج ، إذ الكتابة والتوثيق لا يتوقف عليهما صحة العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك لأن العقد يتم وينعقد صحيحا بمجرد إنعقاده مستوفيا لأركانه وشروطه الشرعية ٠

إذا فالمشرع في المادة ١٧ قد منع سماع دعوى الزوجية إلا إذا كان الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، ثم عاد وناقض نفسه بأن أجاز قبول دعوى التطليق إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة ٠

فهل معني هذه الفقرة من هذه المادة أن المشرع قد اعترف بالزواج العرفي

هذا هو الذي يفهم من هذا النص إذ أنه طالما أجاز قبول دعوى الطلاق إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة - أي بورقة عرفية - وعقود الزواج العرفي معلوم أنها تتم بموجب ورقة عرفية ٠

فإذا كان ذلك كذلك فلماذا لم يقر المشرع ويعترف بمشروعية عقد الزواج العرفي طالما أنه أجاز دعوى التطليق بموجب تلك الورقة العرفية ؟؟ ٠

أما وإنه وقد جاءت هذه المادة يشوبها العوار والقصور وفيها ما فيها من تناقض بين وواضح من إعترافه بورقة الزواج العرفي عند التطليق وعدم إعترافه بتلك الورقة العرفية عند سماع دعوى الزوجية ٠

وقد كان الأجدر بالمشرع أن يوضح ويبين بشفافية ووضوح مدي إكتمال جميع الأركان والضوابط الشرعية لهذه الورقة العرفية التي سمح بقبولها عند اللجوء إلي دعوى التطليق ، وذلك لما يترتب عن الطلاق عند الحكم به من آثار تتعلق بالنسب ونفقة العدة ونفقه المتعة ومؤخر الصداق وغيرهم من الحقوق ٠

لم يعالج المشرع هذه المشكلة ولم يعط المرأة أي من حقوقها الشرعية آنفة الذكر حال الحكم لها بالطلاق إستنادا إلي ورقة عرفية ، ومعلوم بالضرورة أن هذه الحقوق هي من الحقوق الشرعية المعتبرة التي أجمع عليها الفقهاء المعتبرين من أهل السلف ، وفي منع تلك الحقوق عن المرأة المطلقة بهذه الطريقة فيه إجحاف بها وإهدار لحقوقها المعتبرة شرعا ومظلمة ما بعدها مظلمة لهذه المرأة فإذا كان المشرع الوضعي يقر ويعترف بحلية هذا الزواج بهذه الورقة العرفية بدليل قبوله لدعوى التطليق المرفوعة إرتكانا عليها !! فلماذا لا يقر ولا يعترف المشرع المصري بحلية وشرعية عقد الزواج هذا الناجم عن هذه الورقة العرفية ويجيز سماع دعوى الزوجية بموجبها ٠

أليس في هذا تناقض لا مبرر له في نص هذه المادة ؟ ٠

فكان الأجدر بالمشرع أن يحذف هذه الفقرة من هذه المادة ولا ينص عليها علي الإطلاق ، حتى يزول اللبس الذي ران علي عقول كثير من الناس الذين فهموا أن المشرع بذلك قد أباح وقال بحلية الزواج الناتج عن ورقة عرفية ٠

والباحث يهيب بالمسئولين عن التشريع في مصر إعادة النظر في هذه الفقرة من هذه المادة وحذفها حتى يزول اللبس والغموض الذي سيطر علي عقول كثير من الناس وإن أراد المشرع تعديلا فليأت بتعديل واضح لا لبس فيه بنصوص تعترف أو لا تعترف بحلية عقد الزواج العرفي ٠

ففي الحالة الأولي : بيان المقصود بالزواج العرفي المعترف به وبيان أركانه وشروطه المعتبرة شرعا والإعتراف بكل الآثار الشرعية المترتبة علي عقد الزواج الشرعي الصحيح ٠

وفي الحالة الثانية :توضيح بما لا يدع مجال للشك الأسباب الداعية لعدم الإعتراف بعقد الزواج العرفي وما يشوبه من مخالفات عديدة للأركان والضوابط الشرعية لعقد الزواج الصحيح ، والله الهادي الي سواء السبيل ٠

المبحث الثالث

المأذون ووقت ظهوره

المقصود بوثيقة الزواج الرسمية هي ذلك المحرر الرسمي الذي يتم بمعرفة الموظف الرسمي المختص ويثبت فيه أطراف هذه العلاقة الزوجية وعمر كل منهم وتاريخ ومكان إنعقاد هذا العقد ومذيلة بتوقيع الزوجين وتوقيع الشهود ٠ وبالنسبة للمسلمين المصريين فإن الموظف المختص بتوثيق عقود الزواج هو المأذون طبقا لنص المادة ١٨فقرة رقم ١من لائحة المأذونين الصادر بها قرار من وزير العدل والمنشورة بجريدة الوقائع المصرية بالعدد رقم ٣ملحق بتاريخ ١٠ / ١ / ١٩٥٥ وهذه المادة نصها كالآتي :

[يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق علي ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين]

ومن نافلة القول أن نقرر أنه كان الناس من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم وحتى سنة ١٩٣١ميلادية يجرون عقود الزواج شفاهة دون تدوينه أو كتابته بأي صورة من صور الكتابة ٠

واستمر الحال علي ذلك حتي صدور اللائحة التنفيذية رقم ٧٨لسنة ١٩٣١ حيث كان الناس ذووا ضمائر حية ونفوس مستقيمة يقولون الحق ويمقتون الباطل ولا يخضعون للأهواء والشهوات الرخيصة والزور والبهتان ٠

فكان الناس حتى ذلك التاريخ يزوج الولي موليته بحضور شهود عدول وإشهار وإعلان دون أن يتم كتابة ذلك في ورقة رسمية أو غير رسمية ٠

ولكن ومع حلول القرن التاسع عشر الميلادي وبدايات القرن العشرين الميلادي زاد فساد الذمم وخراب النفوس وأصبح هناك في تلك المجتمعات ظاهرة

إنتشرت إنتشارا كبيرا ألا وهي إدعاء كثير من النساء المنحرفات زواجهن من رجال محترمين ظلما وعدوانا لأغراض متنوعة مثل الحصول علي مال أو الإضرار بالمدعي عليه وتشويه صورته وسمعته في المجتمع دون وازع من ضمير ، حتى أنه كانت إحداهن تأتي بشهود زور يشهدن أنها متزوجة من ذلك الرجل فحدثت مظالم كثيرة وقضايا مختلفة أدت إلي تشتيت الأسر وضياع مستقبل كثير من الأبناء مما يهدد أمن وإستقرار المجتمع ٠

فجاء القانون المصري بعدة قيود لمعالجة هذه الأضرار فصدر القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الذي جاء بنص المادة ٩٩ منه علي أنه :

"لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ " ٠وتطبيقا لهذا النص نجد أن القانون قد سحب إعترافه بجميع عقود الزواج الغير موثقة بعد التاريخ المذكور هذا وواضح أن القانون قد إستهدف من ذلك القضاء علي ظاهرة إدعاء الزوجية ظلما وعدوانا بهدف الحصول علي مال أو تشويه السمعة والإضرار بالمدعي عليه ، فسد بذلك الطريق أمام هؤلاء النسوة عديمات الضمير وحال بينهن وبين إثبات ما يدعينه بواسطة شهود الزور ٠

فاستحداث توثيق عقود الزواج في القانون المصري يحافظ حتما علي حقوق جميع الأطراف المترتبة علي عقد الزواج الصحيح إذا ما أنكر أحدهما هذه الزوجية فأوجب القانون توثيق عقد الزواج علي يد الموظف المختص قانونا بذلك ، وإستحدث المشرع وظيفة المأذون لتوثيق عقود الزواج وأصدر لائحة المأذونين عام ١٩٣١ م مبينا في تلك اللائحة جميع الإجراءات والقواعد القانونية التي تنظم عمل المأذون حيث جعل الإختصاص للمأذون إذا كان عقد الزواج بين مسلمين مصريين ، وجعل الموظف المختص بتوثيق عقد الزواج الذي يكون أحد طرفيه أجنبيا أو يكون الزوج مسلما والزوجة كتابية هو موظف

الشهر العقاري بمكاتب التوثيق في مصر أما عقود الزواج التي تتم خارج مصر فتكون علي يد القنصل الدبلوماسي للدولة ، هذا وقد رتب القانون علي عدم توثيق العقد أمام الموظف المختص قانونا بذلك رفض سماع دعوى الزوجية وذلك حماية للأسر ولصيانة الحقوق من العبث والضياع إذا تم عقد الزواج بموافقة الولي والبينة ، ووجد الإيجاب والقبول فهو عقد صحيح ويبقي توثيق العقد لضمان حقوق الأطراف ، إذ الأمين قد يخون وإذا لم يخن قد يأتي من بعده من ينكرون هذه الحقوق ، وهذه الوثيقة التي تكتب "عند المأذون" ليست من شروط صحة العقد إذ العقد صحيح بدونها ، ولكن صار التوثيق من جملة المسائل الإدارية التي تحترم ولعدم مخالفتها للشرع من جهة أخري وقد صار البعض يطعن في النسب والميراث لعدم وجود هذه الوثيقة ، وكما هو مشاهد فإن الحال في المدن يختلف عن الأوضاع القبلية فالقبائل لها من الظروف والأحوال ما جعلها تستعيض عن هذه الوثيقة مع إستيعاب كافة الحقوق ومع هذا فلا مانع من كتابتها هنا وهناك ٠ (١)

تاريخ إنشاء المأذونيات

هذا وقد كانت المحاكم الشرعية في مصر ومنذ الإحتلال الأجنبي تتولى النظر في كافة المواد الجنائية والمدنية والتجارية والشرعية وقد كان القاضي الشرعي يقوم بجميع الإجراءات اللازمة لمباشرة عقود الزواج وإجراءات الطلاق وقد كانت تتم شفاهة حتي حكم الفاطميون مصر فأوجبوا تسجيل عقود الزواج والطلاق ، وعندما كان يثقل العمل القضائي علي القاضي الشرعي كان يأذن لأحد العلماء في مباشرة عقد زواج واحد لشخص بعينه ، ثم إتسع نطاق الإذن

١ـ كتاب الزواج العرفي للأستاذ سعيد عبد العظيم ص ٥٧

حتى بلغ ١٥ عقدا ما بين زواج وطلاق لأفراد غير محددين ثم يسجلها القاضي في دفاتره ثم توالي بعد ذلك صدور لوائح المأذونين فبصدور لائحة عام ١٨٩٤ ميلادية سمي العالم الذي أذن له في إجراء عقود الزواج والطلاق : بالمأذون الشرعي وفي ٣١ / ٧ / ١٩١٣ صدر القرار رقم ٥٨٠٧ لسنة ١٩١٣ بصرف ٣٠ مليما عن كل عقد يعقده المأذون ، وفي عام ١٩١٥ صار إختيار المأذون بالإنتخاب ٠ (١)

وفي عام ١٩٥٥ صدر قرار وزير العدل بلائحة المأذونين وقد نصت علي إختيار المأذون بالتعيين وهي اللائحة التي صار معمولا بها حتى اليوم مع إدخال تعديلات علي بعض نصوصها وقد أوجبت هذه اللائحة علي المأذون أن يسجل عقود الزواج في مصلحة السجل المدني كل في دائرة إختصاصه وقررت عقوبات بالحبس علي أي مأذون يخالف ذلك ٠ (٢)

هذا وقد صدرت لائحة المأذونين المعمول بها اليوم عام ١٩٥٥ بقرار من وزير العدل نشر بجريدة الوقائع المصرية في ١٠ / ١ / ١٩٥٥ العدد ٣ ملحق وذلك إستنادا إلي الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل علي لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها

وتنص المادة الأولي من لائحة المأذونين علي أن :

"تنشأ المأذونية بقرار من وزير العدل ويكون لكل جهة مأذون أو أكثر "

ومؤدي هذا النص أن وزير العدل هو الذي يملك وحده إنشاء المأذونيات بموجب قرار يصدره وذلك تلبية لرغبات سكان القرى والمدن التي تتطلب إنشاء تلك المأذونيات بها تيسيرا عليهم في عقد عقود زواجهم وإشهادات طلاقهم ودفعا لمشاق الإنتقال إلي مأذونين في أماكن نائية ٠

١و٢- شرح لائحة المأذونين للمستشار أنور العمروسي ص ٧ و ١٥ وماقبلها ومابعدها

كما يستفاد من نص المادة الأولي من لائحة المأذونين :

أنه يجوز أن يكون لكل جهة مأذون أو أكثر ، وقد قضي قانون الإدارة المحلية بأن عواصم المحافظات الكبرى تتكون من أقسام وأحياء ، وأن المراكز تتكون من أقسام وقري ، ومن مقتضى النص الذي جاءت به المادة الأولي من لائحة المأذونين أن يكون لكل وحدة محلية بدءا بالقرية مأذون وفي المدن المعتبرة عواصم للمراكز يجوز أن يكون لها أكثر من مأذون بـ حسب كثافة السكان . أما بالنسبة لعواصم المحافظات فيجوز أن يكون في دائرة كل قسم من أحيائها أكثر من مأذون وفقا للكثافة السكانية للسكان في تلك العواصم وهي عادة تكون كبيرة • (١)

إذا فالدولة لم تقصر في تيسير تواجد المأذون في كل قسم وحي وقرية من جميع أنحاء الجمهورية •

فلا عذر إذا لمن يتركوا اللجوء إلي المأذون ويلجأوا إلي الزواج العرفي مخالفين بذلك ما أوجبه الشرع من طاعة أولي الأمر في ما يتحقق به النفع والمصلحة علي الأسر والأبناء وكافة أفراد المجتمع فهم بذلك يتركون الحلال الصراح ويلجأون إلي الحرام والسفاح •

فضلا عن أن الورقة العرفية عديمة القيمة من الناحية القانونية ولا ترقي إلي مستوي الورقة الرسمية ويضيع بسبب ذلك الكثير من حقوق الزوجة والأولاد •

هذا وجدير بالذكر أنه حسنا فعل المشرع إذ ألزم راغبى الزواج بتوثيق عقود زواجهم عند المأذون المختص وحسنا فعل المشرع أيضا إذ يسر علي الأزواج وجعل هناك واجبات علي جميع المأذونين بخصوص إجراءات عقود الزواج حفاظا علي حقوق الأبناء والزوجات والأزواج •

١- شرح لائحة المأذونين للمستشار أنور العمروسي ص ١٥ ومابعدها

وقد قضت المادة ٣٣من لائحة المأذونين المستبدلة بقرار وزير العدل الصادر في ٢٥ / ٦ / ١٩٦١ علي أنه :

" علي المأذون قبل توثيق العقد أن يتحقق من شخصية الزوجين بالإطلاع في البطاقة الشخصية أو العائلية ، وإن لم يكن للزوجة بطاقة يجب أن تكون شخصيتها ثابتة بمستند رسمي أو بشهادة شاهدين لكل منهما بطاقة وعليه أن يتحقق من خلو الزوجين من جميع الموانع الشرعية والقانونية وأن يعتمد علي ما تضمنته البطاقة من بيانات الحالة المدنية ، ويثبت بالوثيقة رقم بطاقة الزوج وجهة صدورها ، كما يثبت ذلك بالنسبة للزوجة إن كان لها بطاقة ، وعليه إثبات جهة ورقم قيد كل من الزوجين " .

أيضا أوجبت المادة ٢٤من لائحة المأذونين علي المأذون أن يحرر وثائق الزواج من أصل وثلاث صور يسلم لكل من الزوجين صورة والثالثة لأمين السجل المدني المختص ويبقي الأصل محفوظا بالدفتر الخاص بالمأذون .

وفي هذا أكبر دليل علي حرص المشرع علي أن يكون تحت يد الزوجة والزوج وثيقة رسمية معتمدة يحافظ من خلالها كل من الزوجين علي جميع حقوقه الشرعية والقانونية .

الــفــصــل الــثــانــي

الحقوق المترتبة علي عقد الزواج الصحيح والغير متوافرة بالنسبة لعقود الزواج العرفية ومناقشة بعض المشاكل القانونية المترتبة علي الزواج العرفي

الــمــبــحــث الأول

الحقوق المترتبة علي عقد الزواج الشرعي الصحيح الموثق والغير متوافرة في عقد الزواج العرفي :

ذكرت من قبل أن طاعة أولي الأمر واجبة فيما هو فيه نفع لعامة المسلمين وأنه حسنا فعل المشرع عندما ألزم طالبي الزواج بتوثيق عقود زواجهم بعدما خربت الذمم وفسدت الضمائر وذلك رغبة من المشرع في حماية كيان الأسرة من الإنحلال وحفاظا علي حقوق كل من الزوجين والأولاد .

لذلك فإن المشرع لم يرتب أي حق من حقوق الزوجية التي قررتها الشريعة الإسلامية إلا إذا كان هذا الزواج ثابتا بورقة رسمية .

وهو بهذا سد الطريق علي من تفرط في شرفها وفي حقوقها وتتزوج عرفيا ثم تأتي وتدعي أن لها حقوق قبل الشخص الذي تزوجته عرفيا .

فالمتزوجة عرفيا محرومة بنص القانون من جميع الحقوق التي قررها الشرع للمتزوجة زواجا شرعيا صحيحا .

والسبب في ذلك أن عقد الزواج من العقود التي لها قدسية وخصوصية هامة جدا في الشريعة الإسلامية ، فإذا ما إنعقد العقد مكتمل الأركان والشروط الشرعية الصحيحة التي أوجبها الشارع الحكيم وكان موثقا علي يد الموظف المختص وهو المأذون نتج عنه ثلاثة أنواع من الحقوق :

حقوق خاصة بالزوجة ، وحقوق خاصة بالزوج ، وحقوق مشتركة بين الزوجين وحقوق للصغار ٠ وهي محرومة منها المتزوجة عرفيا كما سبق وأن بينت آنفا ، وهي كما يلي :

أولا : حقوق الزوجة وهي :

١ - حق الصداق أو المهر

٢ - حق النفقة بكافة أنواعها الشرعية

٣ - تأسيس وتجهيز منزل الزوجية

٤ - المساواة بين الزوجات في حالة التعدد

٥ - عدم الإضرار بالزوجة

ثانيا : حقوق الزوج وهي :

١ - حق الطاعة والقوامة

٢ - حق قرار الزوجة في بيت زوجها

٣ - حق تأديب الزوج لزوجته

ثالثا : الحقوق المشتركة بين الزوجين :

١ - حل الإستمتاع والمعاشرة بين الزوجين

٢ - حسن المعاشرة بين الطرفين

٣ - حرمه المصاهرة فيما بين الطرفين

٤ - ثبوت حق التوارث بين الزوجين

رابعا : حقوق الصغار :

١ - حق ثبوت نسب الصغير لأبيه

٢- حق الصغير في الرضاع

٣ - حق الصغير في الحضانة

٤ - حق الصغير في النفقة والسكن والكسوة والعلاج و التعليم وغير ذلك

وسوف أتناول بشيء من الإختصار هذه الحقوق كل منها علي حدة :

أولا : الحقوق الخاصة بالزوجة وتنقسم إلي قسمين :

القسم الأول : حقوق مالية وهي :

١- المـهـر :

يقصد بالمهر المال الذي يجب في عقد النكاح علي الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد ٠ (١) وعرفه بعض الحنفية أيضا بأنه المال الذي تستحقه الزوجة علي زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة وهو عند المالكية ما يجب للزوجة في نظير الإستمتاع بها ، وقال الشافعية هو ما تستحقه المرأة بدلا في النكاح ، وهو ليس عطية من الزوج وإنما هو عوض عن الإستمتاع ٠ (٢) وللمهر أسماء كثيرة أوصلها بعضهم إلي عشرة أشهرها : المهر والصداق ٠ ويجب المهر علي الرجل دون المرأة إما بالعقد الصحيح أو بالدخول الحقيقي في العقد الفاسد وسواء تم تسميته في العقد أم لم يتم تسميته والأدلة علي وجوب المهر للزوجة كثيرة منها من القرآن العظيم قوله سبحانه وتعالي { وآتوا النساء صدقاتهن نحلة } ٠ (٣) وقوله تعالي : {فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة } ٠ (٤)

ومن السنة النبوية الشريفة : أن النبي صلي الله عليه وسلم ما نكح واحدة من نسائه ولا أنكح واحدة من بناته إلا بصداق ، فعن أبي سلمة بن عبدالرحمن رضي الله عنه أنه قال : سألت عائشة زوج النبي صلي الله عليه وسلم :

١- العناية علي الهداية للبابرتي ج ٣ ص ٣١٦

٢- الشرح الصغير لسيدي أحمد الدردير ج ٢ ص ٤٢٨

٣- سورة النساء آية رقم ٤

٤- سورة النساء آية رقم ٢٤

كم كان صداق رسول الله صلي الله عليه وسلم ؟ قالت : { كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة أوقية من الفضة ونشا ، قالت أتدري ما النش ؟ قلت : لا : قالت نصف أوقية ٠٠٠ } ٠ (١)

هذا ولم يحدد الشارع الكريم مقدارا معينا من المهر غير أن جمهور الفقهاء قالوا بعدم جواز المغالاة في المهور وأجازوا تعجيل المهر وتأجيله أو تعجيل بعضه وتأجيل البعض الأخر حسب ما جري به عرف الناس وعادتهم ٠

ويقول الإمام الصنعاني في كتابه سبل السلام تعليقا علي حديث عائشة سالف الذكر :

المراد في الحديث أوقية الحجاز وهي أربعون درهما وكان كلام عائشة بناء علي الأغلب وإلا فإن صداق صفية عتقها وقيل : ومثلها جويرية وخديجة لم يكن صداقها هذا المقدار وأم حبيبة أصدقها النجاشي عن النبي صلي الله عليه وسلم بأربعة الآف درهم وأربعة الآف دينار إلا أنه كان تبرعا منه وإكراما لرسول الله صلي الله عليه وسلم ولم يكن عن أمره صلي الله عليه وسلم ولكنه قرره ، فهذا إخبار من عائشة عن غالب صداق أزواجه ٠ (٢)

وقد اختلف الفقهاء في الحد الأدني للصداق فذهب الشافعية والحنابلة إلي أنه لا حد لأقله بل يصبح بكل ما يعد مالا وبكل ما يصلح أن يكون بدلا في عقود المعاوضات المالية كالثمن في البيع والأجر في الإجارة وإن قل ٠ (٣)

وفي هذا يقول بن قدامة في المغني :

ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله صلي الله عليه وسلم أحد من نسائه ولا أحد من بناته أكثر

١- صحيح مسلم ١٤٢٦ والحديث في سبل السلام للصنعاني حديث رقم ٩٥٦ ص ٨٥٢

٢- سبل السلام للصنعاني ص ٨٥٢ وص ٨٥٣ - كتاب النكاح - باب الصداق

٣- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٢٨٨

من اثني عشر أوقيه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان إتفاقا منهم علي أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل : وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفا وعلما ودينا ٠ (١)

وقد مر بنا في حديث سهل بن سعد الساعدي كيف أن رسول الله صلي الله عليه وسلم أجاز لرجل فقير حين أراد أن يتزوج من امرأة ، فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم : {أعطها ولو خاتما من حديد فقال : ليس معي قال : قد زوجتكها علي ما معك من القرآن } ٠ (٢)

وأما أكثر المهر فلا حد له إجماعا قال تعالي : {وآتيتم إحداهن قنطارا } ٠(٣) والقنطار قيل أنه ألف ومائتان أوقية ذهبا وقيل مائة رطل ذهبا ، وقيل سبعون ألف مثقال ، وقد كان أراد عمر بن الخطاب رضي الله عنه قصر أكثره علي قدر مهور أزواج النبي صلي الله عليه وسلم ورد الزيادة إلي بيت المال وتكلم به في الخطبة ، فردت عليه امرأة محتجة بقوله تعالي : { وآتيتم إحداهن قنطارا } ٠ (٤) فرجع وقال : كلكم أفقه من عمر ٠ (٥)

٢- النفقة :

أوجب الشارع الحكيم علي الزوج توفير كل ما تحتاجه الزوجة من مأكل وملبس ومسكن ، حتى وإن كانت غنية لها مال كثير إذ أن النفقة واجبة للزوجة علي زوجها نظير الإحتباس ، ونفقة الزوجة واجبة علي زوجها لأن زوجته محبوسة لحقه مستمتعا بها قارة في بيته مدبرة لمنزله تحضن أطفاله وتربي أولاده وقد أوجب الشارع الحكيم عليه في نظير ذلك القيام

١- المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٤٥٦ و٤٥٧ - كتاب النكاح - باب النكاح

٢- الحديث من كتاب سنن ابن ماجه حديث رقم ١٨٨٩ ص ٣٢٨ وقال : حديث صحيح

٣و ٤- سورة النساء آية رقم ٢٠

٥- سبل السلام للصنعاني كتاب النكاح باب الصداق ص ٨٥٣

بكفايتها وينفق عليها حسب سعته طالما الزوجية قائمة بينهما ولم يحدث منها نشوز أو أي سبب يمنع هذه النفقة عنها •

والنفقة واجبة بالكتاب والسنة :

أما الكتاب فمنه قوله تعالي : {لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله } • (١)

وأما من السنة : فمنها ماورد عن عمرو بن الأحوص الجشمي رضي الله عنه أنه سمع النبي صلي الله عليه وسلم في حجة الوداع يقول (••• ألا إن لكم علي نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فحقكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن) •(٢)

القسم الثاني : حقوق غير مالية وهي :

١ـ العدل بين الزوجات للمتزوج بأكثر من واحدة وعدم الإضرار بها :

أوجب الشارع الحكيم علي الزوج المتزوج بأكثر من واحدة أن يعدل بينهن وقد حذر النبي صلي الله عليه وسلم من الإضرار بالزوجة وعدم إيذاء كرامتها بقول أو فعل أوأن يضربها ، إلا اذا خاف الزوج نشوزها ويكون ضربا غير مبرِّح ، وقد نهي سبحانه وتعالي الزوج أن يمسك زوجته كرها لتفتدي نفسها منه بالمال فيطلق سراحها بعد الإستيلاء علي أموالها بدون رضاها فقال تعالي : { فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف } • (٣)

كما أن الحق سبحانه وتعالي أمر بالعدل بين الزوجات وحذر من الإقدام علي

١ـ سورة الطلاق آية رقم ٦

٢ـ حسن الترمذي كتاب الرضاع ١١٦٣ ـ رياض الصالحين ـ حديث رقم ٢٨١ ص ٨٢

٣ـ سورة البقرة آية رقم ٢٣١

الزواج بأخرى عند عدم الإستطاعة علي العدل بينهما فقال تعالي : {فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة } ٠ (١)، هذا وقد نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن الميل لإحدى الزوجات دون الأخرى ، فعن أبي هريرة عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : {من كانت له امرأتان يميل لإحداهما دون الأخري جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطا أو مائلا } ٠(٢) وأوصي رسول الله صلي الله عليه وسلم بحسن معاملة النساء فقال : {ألا واستوصوا بالنساء خيرا } ٠ (٣) والحق سبحانه وتعالي يقول في محكم كتابه العزيز : { ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيما } ٠ (٤)، والمراد به هنا في الآية الميل القلبي والمحبة والرجل غير مطالب بالعدل بينهن في الحب - وإنما المطلوب العدالة الظاهرة في المبيت وفي الكسوة والنفقة والسكني ، وقد كان النبيصلي الله عليه وسلم المثل الأعلى للعدالة في القسمة بين زوجاته حتى وهو مريض فقد كان يحمل في ثوب ويطاف به علي نسائه يقسم بينهن فلما ثقل عليه المرض استأذن زوجاته في الإقامة في بيت عائشة فأذن له (٥) ، وقد قال رسول الله صلي الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أبو هريرة : {أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وخياركم خياركم لنسائهم } ٠ (٦)

١- سورة النساء آية رقم ٣

٢- صحيح أبو داود ٢١٣٣ وابن ماجه ١٩٦٩ وأحمد ٢ / ٣٤٧ والحديث من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٢٠٢ - كتاب الوليمة - حديث رقم ٢٨٣٥

٣- حسن الترمذي كتاب الرضاع ١١٦٣ - رياض الصالحين - حديث رقم ٢٨١ ص ٨٢

٤- سورة النساء آية رقم ١٢٩

٥- نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٥٩

٦- صحيح الترمذي ١١٦٢ - من كتاب رياض الصالحين - حديث رقم ٢٨٣ ص ٨٣

٢ـ حسـن المعاملة :

أوجب الشارع الحكيم علي الزوج أن يحسن معاملة زوجته وأن يتلطف معها وألا يضيق عليها في النفقة وفي غيرها وألا يعبس في وجهها وألا يهجرها وألا يهينها وأن يتواضع معها ، وقد بلغ من تواضع النبي صلي الله عليه وسلم مع زوجاته أنه كان يخصف نعله ويرقع ثوبه بنفسه صلي الله عليه وسلم ٠

وكان دائما ما يكون في عمل أهل بيته رحمة بهم وحبا لهم وحنانا منه وعطفا عليهم وتعليما وتأديبا وقدوة لأمته ، والنبي صلي الله عليه وسلم كان دائما ما يحث الرجال علي حسن معاملة زوجاتهم فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : {إستوصوا بالنساء خيرا فإن المرأة خلقت من ضلع وإن أعوج ما في الضلع أعلاه فإن ذهبت تقيمه كسرته وإن تركته لم يزل أعوج ، فاستوصوا بالنساء } ٠ (١) ، والحق سبحانه وتعالي يقول : {وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسي أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا } ٠ (٢)

وحسن معاملة الزوجة التي أمر بها رسول الله صلي الله عليه وسلم ومن وجوب إحترام شخصية المرأة وعدم إهانتها بضربها أو بتوجيه كلمات قبيحة لها فقد كان رسول الله صلي الله عليه وسلم مثال الزوج الصالح في إحترام زوجاته وسماع آرائهن واحتمال هفواتهن ٠

وينبغي أن نعلم أنه يترتب علي سوء معاملة الزوجة وإهانتها عواقب وخيمة لأن المرأة التي تشعر بأنها ضعيفة مستضعفة تتعلم مختلف الأمور السيئة التي يمكن أن تتصف بها من كذب وخيانة ونفاق وغير ذلك ٠

١ـ متفق عليه ـ صحيح البخاري ـ كتاب الأنبياء ٣٣٣١ ـ من كتاب رياض الصالحين ـ حديث رقم ٢٧٨ ص ٨١

٢ـ سورة النساء آية رقم ١٩

أما إذا غرسنا في نفسها إحترام شخصيتها وإحترمنا شخصيتها وحافظنا علي كرامتها فإننا بذلك نقوي شخصيتها ونجعلها قادرة علي الصمود في وجه التيارات العنيفة التي قد تعترض طريقها وقد تقف في وجه حياتها .

ولكنها بهذه الثقة وفي هذا الإحترام الذي وفره الرجل لها يجعلها تنتصر علي الضعف في نفسها فلا يمكن خداعها ولا يمكن أن تنزلق إلي مهاوي الرذيلة والخطيئة . (١)

ثانيا : الحقوق الخاصة بالزوج :

١- حـق الطـاعة :

أوجب الشرع علي الزوجة أن تطيع زوجها في كل شئ فيما عدا ما نهي عنه الله سبحانه وتعالي كما أوجب علي الزوجة أن تحفظ زوجها في نفسها وفي ماله وأن تمتنع عن عمل أي شئ يضيق به الرجل فلا تعبس في وجهه ولا تبدو في صورة يكرهها عليها زوجها .

وقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { لو كنت آمرا أحد أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها } . (٢)

وقال أيضا النبي صلي الله عليه وسلم : {أيما إمرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة } . (٣)

١- كتاب تحفة العروس للأستاذ محمود مهدي ص ٢٢٥

٢- صحيح الترمذي كتاب الرضاع ١١٥٩ وإرواء الغليل ١٩٩٨ والحديث ورد في كتاب رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين للإمام النووي حديث رقم ٢٩١ ص ٨٤ باب حق الزوج علي المرأة .

٣- رواه الترمذي وقال حديث حسن - ضعيف الترمذي كتاب الرضاع ١١٦١ وضعيف الجامع ٢٢٢٧ - من كتاب رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين حديث رقم ٢٩٢ ص ٨٤ باب حق الزوج علي المرأة

٢- حـق التوجيه والتأديب :

الحق سبحانه وتعالي جعل القوامة في البيت للرجل علي المرأة قال سبحانه وتعالي في كتابه العزيز : {الرجال قوامون علي النساء بما فضل الله بعضهم علي بعض وبما أنفقوا من أموالهم } ٠ (١)

كما أوجب الحق سبحانه وتعالي علي الزوجة طاعة زوجها وأباح للزوج أن يتولى عملية التوجيه والتأديب للزوجة في حدود الشرع وبما لا يخالف هذه القواعد التي وضعها الحق سبحانه وتعالي للرجل للقيام بعملية الإصلاح والتأديب هذه حيث قال سبحانه وتعالي : {واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبتغوا عليهن سبيلا } ٠ (٢) في هذه الآية الشريفة يوضح لنا الحق سبحانه وتعالي أن هناك نساء صالحات طائعات لله ولأزواجهن وأن هناك نساء عاصيات يخشى من نشوزهن فهن في حاجة إلي إصلاح وإلي تهذيب فجاءت الآية الشريفة تنظم ذلك علي ثلاث مراحل :

المرحلة الأولي : مرحلة الموعظة :

ويكون ذلك باللين والكلمة الطيبة والموعظة الحسنة والبعد عن الخشونة ورفع الصوت والكلام بغلظة وخشونة ٠

المرحلة الثانية : مرحلة الهجر في المضاجع :

إذا لم تثمر مرحلة الموعظة عن نتائج إيجابية فقررت الآية الشريفة الإنتقال إلي المرحلة الثانية ألا وهي مرحلة الهجر في المضاجع ، وهجران الرجل لزوجته لا يكون بأن يترك لها المنزل ويبيت في منزل آخر ، ولا يحبذ أن يكون هو في غرفة وزوجته في غرفة أخري وإنما الأفضل أن ينام معها علي سرير واحد وأن يعطيها ظهره هاجرا إياها زجرا لها لتقويم ما إعوج من تصرفاتها ٠

١و٢- سورة النساء آية رقم ٣٤

المرحلة الثالثة : مرحلة الضرب :

وقد جاءت الآثار النبوية الشريفة ما يدل علي أن هذه المرحلة هي من أخطر المراحل علي الإطلاق ، ونظرا لخطورتها وتأثيرها الشديد المباشر علي نفسية المرأة فقد أمر النبي صلي الله عليه وسلم بأن يكون الضرب غير مبرح ولا يحدث جروحا أو ينزف دما وأن يكون الضرب بعيدا عن الوجه لأنه موضع الكرامة ولا ينبغي إهانة المرأة بضربها علي وجهها ٠

يؤيد كل ذلك ما ورد من أن رجلا من الصحابة هو معاوية بن حيدة رضي الله عنه قال : قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال : {أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا إكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت } ٠ (١) فإذا ما استقامت المرأة التي خيف من نشوزها بعد أن يطبق معها الرجل إحدي هذه المراحل الثلاثة السابق ذكرها فلا يكون هناك أمام الزوج إلا إمساك بمعروف ٠والنبي صلي الله عليه وسلم حث أولياء النساء أن يزوجوا بناتهن من ذوي المروءة والدين لأن ذا المروءة والدين يراعي الله في زوجته وأنه إذا أحبها أكرمها وإذا كرهها لم يظلمها ٠

٣- حق القرار في البيت :

إن قرار المرأة في بيتها هو أحد حقوق الزوج علي زوجته وهذا الحق ورد في القرآن الكريم حيث قال الحق سبحانه وتعالي : { وقرن في بيوتكن } ٠ (٢)

فقرار المرأة في بيتها : فيه إرضاء لربها سبحانه وتعالي وإرضاء لزوجها عليها وهو الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية السليمة حتى تؤدي رسالتها المقررة لها شرعا من حسن رعاية زوجها وأولادها وتنشئة جيل ينشأ علي طاعة الله ورسوله وهي غاية وجودنا جميعا في الحياة ٠

١- لاتقبح أي : لاتقل قبحك الله - من رياض الصالحين - حديث رقم ٢٨٢ ص ٨٢ و ٨٣

٢- سورة الأحزاب من الآية رقم ٣٢

وقرار المرأة في بيتها ليس معناه عدم خروجها مطلقا من البيت وإنما أباح لها الشرع أن تخرج ولكن بإذن زوجها ولأسباب مشروعة ٠

وبشرط أن يكون خروجها من المنزل مستوفيا للضوابط الشرعية للمرأة المسلمة فتستر عورتها ولا تخرج متبرجة ويجب أن تكون ملابسها لا تظهر شئ من بدنها حرمه الله وأن تكون ثيابها لا تصف ولا تشف وألا تتشبه بالرجال عند خروجها للشارع وألا تخرج متعطرة ٠

والحق سبحانه وتعالي يقول في كتابه العزيز : { قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكي لهم إن الله خبير بما يصنعون و قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن علي جيوبهن } ٠ (١)

ولكن يثور تساؤل في غاية الأهمية ألا وهو :

ماهو الرأي في خروج المرأة للعمل برضا زوجها أو بدون رضاه ؟ ؟

وما مدي تأثير ذلك علي إستحقاقها للنفقة من عدمه في الحالتين ؟ ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ولإستيفاء هذه النقطة تفصيلا أري أنه باديء ذي بدء لابد لي من الحديث أولا عن سبب وجوب النفقة للزوجة علي زوجها وعن شروط وجوبها ثم بعد ذلك بيان الرأي حول هذه المسألة الهامة والخطيرة :

أولا : سبب وجوب النفقة :

نفقة الزوجة واجبة علي زوجها لأن زوجته محبوسة لحقه مستمتعا بها قارة في بيته مدبرة لمنزله تحضن أطفاله وتربي أولاده وعليه يتضح لنا أن سبب وجوب النفقة الزوجية هو تفرغ الزوجة للحياة الزوجية بناء علي عقد الزواج الصحيح ، وليس سبب وجوبها عقد الزواج كما هو الحال في المهر ٠

١- سورة النور آية رقم ٣٠ و ٣١

ثانيا : شروط وجوب النفقة : يشترط لوجوب النفقة الزوجية ثلاثة شروط هي

الأول : أن يكون عقد الزواج صحيحا •

الثاني : أن تكون الزوجة صالحة للحياة الزوجية •

الثالث : أن تتفرغ للحياة الزوجية ، وذلك بالدخول في طاعته •

ويترتب علي هذه الشروط حالات كثيرة أهمها :

أن النفقة لا تجب للزوجة العاملة إذا منعها زوجها من العمل

فإن لم يمنعها الزوج من العمل وجبت لها النفقة ، ويسقط حقه في منعها من العمل إن رضي به أو اشترطت عليه ذلك في العقد ما دام العمل شريفا ولا يضيع حق الزوج والأولاد • (١)

هذا وقد اختلفت الآراء حول مسألة خروج المرأة للعمل ومدي أحقيتها في إستحقاق النفقة في حالة ما إذا كان خروجها للعمل برضا الزوج من عدمه أو في حالة رضاه قبل العقد ثم بعد الدخول بالمرأة يسحب موافقته تلك ووصل التنازع إلي ساحات المحاكم فوجدنا أحكاما مختلفة وإتجاهات متباينة للقضاة فيما يخص التنازع حول نفقة الزوجة العاملة وسأورد بعضا من أحكام المحاكم المختلفة حول هذه المسألة فيما يلي :

أحكام المحاكم في نفقة الزوجة العاملة :

يذهب القضاء المصري مذهبين في هذا الشأن : فثمة بعض الأحكام اتجهت إلي عدم سقوط نفقة الزوجة العاملة ، وثمة أحكام أخري اتجهت إلي سقوط نفقة الزوجة العاملة وسأذكر فيما يلي هذين الإتجاهين من واقع أحكام القضاء :

أولا : الإتجاه الذي يقضي بعدم إسقاط النفقة :

١ ـ من القضايا التي تساق في هذا الإتجاه ما عرض علي محكمة شبرا الجزئية بشأن طلب الزوج إسقاط نفقة زوجته العاملة ، التي تعمل مدرسة للإخلال

١ـ الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٣٠٦ و ٣٠٧

بشرط الإحتباس الواجب لاستحقاق النفقة ولأنه غير راضي عن احتراف الزوجة للعمل وقد رفضت المحكمة دعواه ٠

وقالت المحكمة في حيثيات حكمها :

هذه المدعية تزاول مهنة التدريس من مدة طويلة ، قبل أن يتزوج بها المدعي عليه وهو أيضا مدرس في المدارس الثانوية وقد تزوجها في ١٧ / ٢ / ١٩٤٩ ويعلم أنها مدرسة ، وذكر بوثيقة الزواج أنها مدرسة بمدرسة شبرا الإبتدائية للبنات وبقيت باعترافه تزاول هذه المهنة إلي الآن والقرائن تدل علي أنه راض بهذا العمل ، فهو إذن راض عن هذا الوضع ومطمئن إليه ، فلا تعتبر إلي الآن خارجة عن إرادته باشتغالها بالتدريس ، ولا يسقط حقها في النفقة بذلك ٠ (١)

٢ - ومن قبيل ذلك أيضا ما حكمت به محكمة أسيوط الجزئية :

من أن موافقة الزوج المسبقة علي عملها يحول بينه وبين طلبه لها بترك عملها بعد ذلك وقد فصلت المحكمة ذلك بقولها : إن المدعي عليه لم يمنع المدعية من الإشتغال بمهنة التدريس ، حتي يكون اشتغالها به والحال ما ذكر موجبا لسقوط نفقتها ، بل لقد رضي المدعي عليه بذلك ، وتزوج المدعية علي هذا الشرط بل لقد التزم بأنه لا حق له في مطالبتها في أي وقت بالخروج من وظيفتها ، كما يدل علي ذلك الإقرار المقدم من المدعية ، وبذا لا يكون للمدعي عليه وجه في دفعه (وأما عن إنذاره لها بالامتناع عن التدريس ، فإنه لا عبرة به ولا يعول عليه لأنه تحلل مما التزم به ، ونقض لما تم من جهته ٠ (٢)

١- حكم محكمة شبرا الجزئية رقم ١٠٢٠ لسنة ١٩٥٠ ، المحاماة الشرعية ، س ٣٢ العدد ٦ ص ٣٧١

٢- حكم محكمة أسيوط الجزئية في ١٨ / ١ / ١٩٤٧ ، المحاماة الشرعية س ٢١ ص٣٩٧

٣ ـ وقد أكدت هذه الإتجاه محكمة الإسكندرية في عبارة أكثر وضوحا فقالت :

جري القضاء علي فرض نفقة للزوجة المحترفة سواء رضي الزوج بالإحتراف أم أبي وذلك استنادا إلي إقدام الزوج علي الزواج بها وهو يعلم أن لها عملا يقتضيها ترك المنزل نهارا أو ليلا ، يعتبر رضا منه يسقط حقه في الاحتباس الكامل ٠ (١)

ويتأسس هذا الإتجاه علي النحو الذي توضحه هذه الأحكام علي أن احتراف الزوجة للعمل قبل اقتران الزوج بها ، وعلمه بذلك ، وعدم اعتراضه عليه يعد رضاءا منه بهذا العمل ، فيسقط حقه في منعها من أدائه وتجب لها النفقة بالتالي كذلك إذا اشترطت الزوجة الخروج إلي العمل ورضي بذلك فيسقط حقه في منعها من أداء عملها ، لأنه عمل بمقتضي الشرط ، وتجب النفقة بالتالي ٠

ثانيا : الإتجاه الذي يقضي بإسقاط النفقة :

يقف إلي جانب الإتجاه السابق هذا الإتجاه الذي يذهب إلي إسقاط النفقة لأن الزوجة واجب عليها طاعة زوجها ، ومن مشتملات هذه الطاعة ألا تخرج إلي العمل بغير إذنه ، وهذا الالتزام لا يتأثر بسبق علم الزوج بعمل زوجته أو بالموافقة السابقة منه علي هذا العمل ٠

ومن ذلك ما ذهبت إليه بعض الأحكام ، من أن الإسلام إذا كان يبيح للمرأة أن تعمل ففي حدود مراعاة آدابه وتعاليمه ولكن هذا الحق يرد عليه قيد إذا تزوجت المرأة وهو حق الزوج في إمساك زوجته فإن رخص الزوج لزوجته في العمل واستمر علي هذه الرخصة كان بها أما إذا استمسك بحقه في القرار في بيته فله ذلك وليس للزوجة أن تعصيه وإلا كانت ناشزا ، ولا يحق للزوجة أن تحتج

---

١ ـ حكم محكمة الإسكندرية الإبتدائية في ٩ / ٤ / ١٩٦٤ ـ القضية رقم ٨١ لسنة ١٩٦٣ مشار إليهما في كتاب الدكتور محمد الشحات الجندي المرجع السابق ص ٤٤٤ و ٤٤٥

بأنه سبق أن رضي أن تعمل فحقه هذا فرع من حقه أن تطيعه وحقه في الطاعة لا يقبل إسقاطا ، فرضاه أن تعمل لا ينتقص من حقه وفي ذلك إقامة للأسرة حسب سنن الإسلام وتعاليمه فالإسلام قد سوي بين الرجل وزوجته في الحقوق والواجبات إلا أنه جعل للزوج علي الزوجة درجة

فجعل زمام الأسرة في يد الرجل فهو الذي يرعي مصالحها ويتحمل مسئولياتها والرجل يسير بالأسرة حسبما يراه من مصلحة ، والمصلحة تتغير من ظرف إلي ظرف ومن وقت إلي وقت ومن مكان إلي مكان فإذا سمح الزوج لزوجته بالعمل وقتا ثم رأي أن المصلحة في غير ذلك لظرف طرأ ولو كان هذا الظرف نفسيا فإنه له أن يمنعها من الإحتراف ، ويلزمها القرار في بيته٠ (١)

ومن قبيل ذلك أيضا ما قررته بعض المحاكم :

فقد ذهبت إلي أن سبق رضا الزوج باحتراف زوجته لايسقط حقه في منعها بعد ذلك من الاستمرار في العمل وأن حق الزوج علي زوجته مقدم علي اشتغالها بغرض الكفاية ومن المقرر أن لكل من الزوجين حقوقا علي صاحبه كما أن عليه واجبات له ومن ضمن حقوق الزوجة علي زوجها وجوب نفقتها عليه مقابل حقه عليها في أن تلتزم بيته ، وتتفرغ لشئونه التي شرع الزواج من أجلها وكان له من أجل ذلك ، أن يمنعها من كافة الأعمال المقتضية للكسب لاستغنائها عن التكسب ، بوجوب كفايتها عليه شرعا ٠ (٢)

ثالثا : الحقوق المشتركة بين الزوجين :

١- حل المعاشرة الزوجية :

إن من أهم الحقوق المشتركة بين الزوجين هو حق إستمتاع كل من الزوجين بالآخر وحل المعاشرة بينهما وقضاء الحاجة الجنسية في حدود ما أمر الله به

١- حكم محكمة القاهرة الإبتدائية في القضية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٦

٢- حكم محكمة مغاغة الشرعية في القضية رقم ٧٥٣ لسنة ١٩٥٢

لأن هذا الإستمتاع هو حق للزوجين معا ، ولا يكون إلا بمشاركتهما معا لأنه لا يعقل أو يتصور أن ينفرد به أحدهما دون الأخر وقد أوجب الشارع الحكيم علي الزوجة أن تجيب زوجها إذا دعاها ٠فإن أبت حل عليها غضب من الله سبحانه وتعالي ففي الحديث الشريف الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول صلي الله عليه وسلم قال : { إذا دعا الرجل إمرأته إلي فراشه فلم تأته فبات غضبانا عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح } ٠ (١) والنبي صلي الله عليه وسلم يقول : { ٠٠ والذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها ولو سألها نفسها وهي علي قتب لم تمنعة } ٠ (٢)

وأيضا نجد أن الشارع الحكيم قد جعل للزوجة نفس الحق علي زوجها فلها حق المعاشرة الجنسية لكي تعف وتتحصن ويبين لنا النبي صلي الله عليه وسلم هذا الأمر بوضوح شديد بقوله : { إن لزوجك عليك حقا } ٠ (٣)

وهذا الحديث الشريف له مناسبة طريفة مع الصحابيان الجليلان سلمان الفارسي وأبو الدرداء رضي الله عنهما وقد أوردها البخاري في صحيحه وأحب أن أذكرها تفصيلا فيما يلي :

{آخي رسول الله صلي الله عليه وسلم بين سلمان وأبي الدرداء رضي الله عنهما فجاءه سلمان يزوره فإذا أم الدرداء متبذ لة (٤) فقال : ما شأنك يا أم

١- متفق عليه - صحيح البخاري كتاب النكاح ٥١٩٣ وصحيح مسلم كتاب النكاح ١٤٣٦ والحديث ورد في كتاب رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين حديث رقم ٢٨٦ ص ٨٣ - باب حق الزوج علي المرأة ٠

٢- الحديث ورد في كتاب سنن ابن ماجه ص ٣٢٣ حديث رقم ١٨٥٣ ٠

٣- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - مختصر صحيح البخاري حديث رقم ٩٥٧ ص ٢٣٨ عن أبي جحيفة رضي الله - وأيضا فتح الباري ج ٤ / ١٩٦٨ ٠

٤- أي لابسة البذلة أي ثياب المهنة والمراد أنها تاركة لباس الزينة ٠

الدرداء ؟ قالت : إن أخاك أبا الدرداء يقوم الليل ويصوم النهار وليس له شئ من الدنيا حاجة ! فجاء أبو الدرداء فرحب به وقرب إليه الطعام فقال له سلمان إطعم : قال :إني صائم قال :أقسمت عليك لتفطرن ما أنا بآكل حتى تأكل فأكل معه ثم بات عنده فلما كان الليل أراد أبو الدرداء أن يقوم فمنعه سلمان وقال :يا أبا الدرداء إن لجسدك عليك حقا وإن لأهلك عليك حقا صم وأفطر وصلي وأت أهلك وأعط كل ذي حق حقه ٠فلما كان في وجه الصبح قال :قم الآن إن شئت : فقام فتوضأ ثم ركعا ثم خرجا إلي الصلاة ، فدنا أبو الدرداء ليخبر رسول الله صلي الله عليه وسلم بالذي أمره سلمان فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم : يا أبا الدرداء إن لجسدك عليك حقا مثل ما قال سلمان ٠ وفي رواية صدق سلمان } ٠ (١)

وقد قال الفقهاء : علي الزوج مجامعة زوجته ليعفها ، كما ينفق عليها ويكسوها ويعاشرها بالمعروف وقد أمر الله سبحانه وتعالي أن يعاشرها بالمعروف فالوطء داخل في هذه المعاشرة ٠ والحق سبحانه وتعالي يقول :

{وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسي أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا } ٠ (٢)

٢ - حسن المعاشرة :

إن حسن معاشرة كلا الزوجين بعضهما البعض من موجبات الحياة الزوجية السعيدة ويجب علي كل طرف أن يحسن معاملة الطرف الأخر وأن يحترم شخصيته ورأيه وقد أوجب الحق سبحانه وتعالي في كتابه الكريم في أكثر من

١- رواه البخاري والترمذي - التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - مختصر صحيح البخاري للإمام أبي العباس أحمد الزبيدي حديث رقم ٩٥٧ ص ٢٣٨ عن أبي جحيفة رضي الله عنه ٠

٢- سورة النساء آية رقم ١٩

موضع علي حسن معاشرة الزوجين لبعضهما حيث قال الحق سبحانه وتعالي : {وعاشروهن بالمعروف } ٠ (١) والنبي صلي الله عليه وسلم قال : {استوصوا بالنساء خيرا } ٠ (٢) وقال عليه الصلاة والسلام : {لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها } ٠ (٣)

وقد بلغ من هدي صحابة رسول الله صلي الله عليه وسلم ومدي فهمهم الراقي لمعني حسن المعاشرة أن عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما كان يقول إني أحب أن أتزين لامرأتي كما أحب أن تتزين لي ٠

وكذلك أوجب الإسلام علي المرأة أن تحسن معاشرة زوجها وعدم خيانته وخداعه حتي وإن كانت تبغضه ، فعن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي صلي الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم :أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم قال رسول الله صلي الله عليه وسلم (لثابت ابن قيس) : إقبل الحديقة وطلقها طلقة } ٠ (٤)

وفي الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال :قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { إذا دعا الرجل امرأته إلي فراشه فلم تأته فبات غضبانا عليها

١- سورة النساء آية رقم ١٩

٢- متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه - والحديث ورد في كتاب رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - حديث رقم ٢٧٨ ص ٨١

٣- رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح - صحيح الترمذي كتاب الرضاع ١١٥٩ - إرواء الغليل ١٩٩٨ والحديث ورد في كتاب رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين حديث رقم ٢٩١ ص ٨٤ - باب حق الزوج علي المرأة

٤- رواه البخاري في صحيحه - التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح مختصر صحيح البخاري للإمام أبي العباس أحمد الزبيدي حديث رقم ١٨٧٨ ص ٥٠١ وأيضا فتح الباري ج ٩ / ٥٢٧٣

لعنتها الملائكة حتى تصبح } ٠ (١) وعن حصين بن محصن قال : حدثتني عمتي فقالت : أتيت رسول الله صلي الله عليه وسلم في بعض الحاجة فقال لي أي هذه أذات بعل ؟ قالت : نعم قال : كيف أنت له ؟ قالت :لا آلوه (أي لا أقصر في خدمته وطاعته) إلا ما عجزت عنه قال : {فأنظري أين أنت منه فإن هو جنتك ونارك } ٠ (٢)

٣- ثبوت التوارث بينهما :

من الحقوق المشتركة بين الزوجين هو ثبوت التوارث بينهما بمجرد أن يتم عقد الزواج إذا ما مات أحدهما وذلك بشرط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة حتى ولو لم يتم الدخول أو قائمة حكما كأن يكون الطلاق رجعيا والمرأة لا زالت في العدة فبانعقاد العقد صحيحا مستوفيا كافة أركانه وشروطه الشرعية يثبت لكل من الزوجين أحقيته في الميراث في حالة وفاة أي منهما ٠

٤- حرمة المصاهرة :

بعد أن ينعقد العقد صحيحا مستوفيا شروطه الشرعية كاملا في أركانه تنشأ بين هذين الزوجين حالة جديدة من الحرمة لم تكن موجودة من قبل ألا وهي حرمة المصاهرة ٠وهذا معناه أن الزوجة تحرم علي أبناء الزوج وفروع أبنائه وأجداده أي أن المرأة تكون محرمة بمجرد العقد علي أصول وفروع الرجل وأيضا الرجل يكون محرما علي أمهات المرأة وبناتها إذا دخل بأمها دخولا حقيقيا وفروع أبنائها وبناتها وهذا من أعظم الحرمات التي تنتهك فيما يسمي بالزواج العرفي أما في عقود الزواج الموثقة فلا سبيل إلي التحايل علي ذلك ٠

١- متفق عليه - صحيح البخاري بدء الخلق ٣٢٣٧ وصحيح مسلم كتاب النكاح ١٤٣٦ من كتاب رياض الصالحين حديث رقم ١٧٥٨ ص ٣٦٤ - باب تحريم امتناع المرأة عن فراش زوجها

٢- رواه الترمذي وسنده صحيح

وبسبب أهمية حرمة المصاهرة وخطورتها علي البيوت والأسر المسلمة آثرت أن أتناولها بشيء من التفصيل فيما يلي :

المحرمات بالمصاهرة :

والمحرمات بسبب المصاهرة أصناف أربعة أذكرها فيما يلي :

أ ـ أصول الزوجة وإن علت :

فيحرم علي الرجل الزواج بأم زوجته وأم أمها وأم أبيها مهما علون ، ودليل ذلك قوله تعالي : {وأمهات نسائكم }ولا يشترط لتحريم أصول الزوجة الدخول بها لأن الآية نصت علي التحريم من غير قيد الدخول فيحرم الزواج بأصول الزوجة وسواء أدخل بزوجته أم لم يدخل ، فأم الزوجة وجدتها وإن علت تحرم بمجرد العقد الصحيح علي الزوجة ، وتحرم الجدة من أي جهة ٠

ب ـ فروع الزوجة وإن نزلت :

فيحرم علي الرجل الزواج ببنت زوجته وبنت ابنها وبنت بنتها مهما نزلن لقوله تعالي {وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم } ٠والربيبة هي بنت زوجته من غيره وسميت بذلك لأنه يربيها في حجره ٠ (١)

وتحرم الربيبة إذا تم الدخول بالأم فإذا لم يحدث دخول بالأم فيحل الزواج ببنتها لأنه قد ثبت قيد الدخول بالنص ٠ (٢) فالرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له نكاح ابنتها ٠ (٣) لقول الحق سبحانه و تعالي : { من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم } ٠

١ـ فتح القدير ج ١ ص ٤٤٥

٢ـ الإختيار للموصلي ج ٣ ص ٨٥ ٣

٣ـ المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٤٧٣

أما تحريم الأم في الصنف السابق فلا يشترط فيه الدخول بالبنت بل إن الأم تحرم بمجرد العقد الصحيح علي البنت ، وسواء أدخل بالبنت أم لم يدخل وتنص القاعدة الفقهية علي أن : "العقد علي البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات " ٠

هل يشترط في الربيبة أن تكون في حجر زوج أمها :

الجواب أنه لا يشترط في تحريم الربيبة أن تكون في حجره فالربيبة تحرم وسواء كانت في حجر زوج أمها أم لا وهذا ما عليه الجمهور (١)

وقد ذكرت الحجور في الآية لأنه إذا تزوجت الأم تكون ابنتها الصغيرة معها في الغالب والتربية لا تأثير لها في التحريم ٠ (٢)

ج - زوجة الأصل وإن علا :

فيحرم عليه التزوج بزوجة أبيه أو جده لأبيه أو لأمه وإن علا الجد في عمود النسب لقوله تعالي : {ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف } وتحرم زوجةالأصل بمجرد العقد عليها وسواء حدث دخول بها من الأصل أم لا ٠ (٣)

د - زوجة الفرع وإن نزل :

فيحرم علي الرجل التزوج بزوجة ابنه أو زوجة ابن ابنه أو زوجة ابن ابنته وإن نزل عمود النسب ودليل ذلك قوله تعالي : {وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم }والحليلة هي الزوجة التي تم العقد عليها ، وسواء أحصل دخول بها من الفرع أم لا ٠ (٤)

١- المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٤٧٣

٢- الهداية مع شرح فتح القدير ج ٣ ص ١١٩

٣- شرح فتح القدير ج ٣ ص ١٢٠

٤- نيل الاوطار للشوكاني ج ١ ص ٤٤٦

وقد بين الله تعالي أن الأبناء الذين يحرم التزوج بزوجاتهم هم أبناء الأصلاب ، وعلي هذا فلا تحرم زوجة الابن بالتبني لأنه ليس ابنا من الصلب ومن ذلك قوله تعالي : {فلما قضي زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون علي المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا } ٠ (١) وكما تحرم زوجة الابن من النسب تحرم زوجة الابن من الرضاع ، وذكر الأصلاب في الآية لإسقاط حليلة المتبني وهذا عند الجمهور ومنهم الحنفية ٠(٢)والحكمة في التحريم بسبب المصاهرة هو أن المصاهرة قد نتج عنها صلة قوية بين الرجل والمرأة التي حرمت عليه بسببها ، وهذه الصلة بمنزلة قرابة النسب ولذا حرم التزوج بها حفاظا علي هذا الرباط ، ويري الحنفية أن الزنا يترتب عليه حرمة المصاهرة فمن زنا بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها وكذا تحرم المزني بها علي آباء الزاني وأجداده وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا ٠ (٣)

٥- ثبوت النسب وشروطه :

يثبت نسب الولد من الزوج صاحب الفراش الصحيح ، ذلك أنه بعد أن يدخل الرجل بزوجته ويرزقهما الله سبحانه وتعالي بالأولاد والبنات فإنه يكون واجبا أن ينسب هؤلاء الأبناء إلي آبائهم وقد قال الحق سبحانه وتعالي : {أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله } ٠ (٤) فنسبة الأبناء إلي آبائهم حق للأبناء علي آبائهم وحق وواجب علي الآباء ولا تقر الشريعة الإسلامية أن يتنصل ويتنكر أحد الزوجين لأبنائه بدون وجه حق ٠

١- سورة الأحزاب آية رقم ٣٧

٢- شرح فتح القدير ج ٣ ص ١٢٦

٣- شرح فتح القدير ج ٣ ص ١٢١ وأنظر في كل ما سبق الدكتور عبد العزيز رمضان سمك المرجع السابق ص ١٠٥ : ١٠٨

٤- سورة الأحزاب آية رقم ■

وشروط ثبوت النسب هي كالآتي :

الشرط الأول :

وجود عقد زواج شرعي صحيح أو ما يلحق به من المخالطة بناء علي عقد فاسد أو شبهة إذ يجب أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه حتي يمكن القول والإعتداد بثبوت النسب سواء كان هذا الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة .

الشرط الثاني :

إمكانية حمل الزوجة من زوجها ، وذلك بأن يكون الزوج بالغا أو مراهقا قريبا من سن البلوغ .فإن كان الزوج صغيرا أو عقيما أو عنده أي مانع من موانع الإلتقاء الجنسي فلا تعتبر الزوجية فراشا تحمل منه زوجته لأن العقم وما شابهه أو الصغر وعدم البلوغ من جانب الزوج يعتبر قرينة دامغة وقاطعة علي أن هذا الحمل الذي حملت به الزوجة ليس من الزوج .

الشرط الثالث :

يشترط للاعتداد بالنسب مضي أقل مدة للحمل وأجمع الفقهاء علي أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر قمرية تحتسب من تاريخ عقد الزواج الشرعي الصحيح أو من وقت الدخول في الزواج الفاسد والوطء بشبهة بشرط إمكانية التلاقي بينهما

الشرط الرابع :

أن تلد المرأة خلال أقصي مدة للحمل وأقصي مدة للحمل عند الحنفية هي سنتان غير أن المادة ١٥من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩إشترط لسماع دعوي النسب أن تأتي الزوجة المطلقة بائنا والمتوفي عنها زوجها في خلال سنة واحدة فقط من وقت الطلاق أو الوفاة " ٣٦٥ " يوما .

وسوف أتحدث عن شروط النسب هذه والمذكورة أعلاه تفصيلا في الفصل الرابع من هذا البحث بمشيئة الله تعالي .

المبحث الثاني

مناقشة لبعض المشاكل المترتبة علي الزواج العرفي

أولا : هل يحق للمتزوجة رسميا أن تطلب الطلاق في حالة زواج زوجها بأخرى عرفيا ؟ :

أوجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥علي الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية وعليه أن يبين اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن وألزم القانون الموثق أن يقوم بإخطار الزوجة السابقة بالزواج الجديد . وقد أباح القانون للزوجة الأولي في هذه الحالة أن تطلب الطلاق للضرر في خلال سنة " ٣٦٥ " يوما من تاريخ علمها بالزواج الجديد وإخطار الموثق لها بهذا الزواج بشرط أن تثبت الضرر .

ولكن يثور السؤال هنا عن حق الزوجة الأولي في طلب التطليق للضرر إذا ما أقامت الدليل علي أن زوجها قد تزوج عليها بأخرى عرفيا .

يري الباحث أن نص المادة ١١مكرر من القانون ١٠٠لسنة ١٩٨٥لم يتطرق إلي مسألة حق الزوجة في طلب التطليق في حال تمكنها من إقامة الدليل علي زواج زوجها بأخرى عرفيا ، وإنما نصت المادة علي الزواج الموثق وإلزام الزوج بالإقرار بحالته الإجتماعية وإلزام الموثق بإخطار الزوجة بالزواج الجديد بكتاب مقرون بعلم الوصول .

ولا أدري إن كان ذلك راجعا إلي عدم اعتراف المشرع بالزواج العرفي علي اعتبار أنه زواج غير شرعي أم ماذا ؟ .

والمشرع الوضعي هنا وضع الناس في حيرة ، ذلك أنه في عجز المادة ١٧ من قانون الأحوال الشخصية أباح للمتزوجة عرفيا أن ترفع دعوي تطليق ضد

زوجها الذي تزوجته عرفيا حين نصت علي أنه : " ومع ذلك تقبل دعوي التطليق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة " ، فمعني ذلك أن المشرع قد اعترف بالزواج العرفي بدليل أنه أجاز طلب التطليق بموجبه وهو الورقة العرفية ، ثم في المادة ١١مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ سالف الذكر يحرم المرأة من حق أعطاه لها وهو طلب التطليق للضرر عند زواج زوجها بأخري خلال سنة من تاريخ علمها بذلك .

وأنا وإن كنت أري أن الزواج العرفي حرام شرعا للأسباب الموضحة بصلب هذا البحث ، إلا أنني أردت من إثارة هذه الجزئية الهامة الإشارة إلي تخبط المشرع وتناقض نصوص قانون الأحوال الشخصية الجديد مع بعضها مما وضع الناس والباحثين والعاملين في الحقل القانوني في حيرة تستلزم تدخل المشرع من جديد بإدخال التعديلات اللازمة علي تلك النصوص المتناقضة وتلك النصوص التي شابها القصور والعوار .

ثانيا :

مدي أحقية الرجل المتزوج عرفيا في رفع دعوى إثبات علاقة زوجية

المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية تنص علي أنه :

{لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشر سنة ميلادية أو كان سن الزوج يقل عن ثمانية عشر سنة ميلادية وقت رفع الدعوي ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الواقعة اللاحقة علي أول أغسطس سنة ١٩٣١م ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة } .

وإن مفاد هذه المادة هو أنه منع سماع دعوى الزوجية عند الإنكار ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية .

ثم أردفت هذه الفقرة بما يناقضها حيث أباحت للزوجة في الفقرة الأخيرة أن تطلب التطليق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتا بورقة عرفية مكتوبة .

ففي هذه الفقرة إجحاف كبير بحق الزوج المتزوج عرفيا وإهدار لحقوقه الشرعية فما دامت هذه المادة قد أعطت الحق للمرأة المتزوجة عرفيا أن تطلب الطلاق أو فسخ العقد الثابت بالورقة العرفية ، فإنه في المقابل كان يجب أن تعطي نفس الحق للزوج ، فيما إذا كان الزوج المتزوج عرفيا وتحت يده ورقة زواج عرفي و يريد أن يتمسك بزوجته التي تزوجها عرفيا .

فلماذا يحرمه القانون في هذه المادة من أن يكون له الحق في أن يقيم دعوى لإثبات علاقة زوجية بزوجته التي تزوجها عرفيا ؟

حتى لا تتركه عامدة متعمدة وتقوم هي بالزواج من رجل آخر سواء رسميا أو عرفيا وهي مطمئنة تماما إلي أنها لن تقع تحت طائلة القانون إستنادا إلي هذه المادة التي تحميها من زوجها الذي تزوجته عرفيا العرفي إذا أقام عليها دعوى إثبات علاقة زوجية فتنكرها ولا تقبل دعوى زوجها ضدها .

وفي هذا مفسدة كبيرة للمجتمع ومساعدة للمرأة علي الإنحراف لأنها تجد الفرصة سانحة أمامها لأن تتزوج عرفيا بأكثر من رجل في آن واحد وهي مطمئنة إلي أن أيا منهم لن يستطيع إثبات علاقته الزوجية بها في حالة إنكارها إستنادا إلي هذه المادة .

فلماذا هذا الإجحاف المتعمد بحقوق الرجل وهذا القصور الشديد في هذه المادة لذلك فإن الباحث يهيب بالمسئولين عن التشريع في مصر إجراء التعديلات اللازمة في هذه المادة حفاظا علي الروابط الأسرية في المجتمع ولرفع الحماية القانونية عن هؤلاء النسوة المنحرفات اللاتي يستظللن بظل هذه المادة التي تحميهن من أية عقوبات .

حتي أننا في الواقع العملي نشاهد يوميا في الحملات المتعددة لشرطة مكافحة الآداب علي بيوت الدعارة ، تسارع الكثير من هؤلاء العاهرا ت وقبل وصولهن إلي سراي المحكمة للعرض علي النيابات المختصة بعمل واصطناع ورقة زواج عرفية بمن ضبط معها في بيوت الدعارة ، ثم تقدمها للنيابة العامة علي أساس أن من ضبط معها هو زوجها .

وللأسف الشديد نلاحظ أن بعض الذين هم معروفون بالدفاع عن هؤلاء الساقطات هم من يسارع بعمل وكتابة هذه الورقة العرفية بعد إخطاره بأسماء من كانوا مع هؤلاء الساقطات قبل عرضهن علي النيابة العامة علي النحو الذي ذكرته آنفا فإلي هذا الحد بلغ التلاعب مداه وأصبحت العلاقات الزوجية التي هي من أقدس وأسمي الشعائر الإسلامية يتم التلاعب بها تحت زعم الزواج العرفي دون وازع من ضمير أو ذرة من حياء .

لذلك يهيب الباحث بالمسئولين عن التشريع والقائمين علي أعمال النيابات العامة بوزارة العدل إصدار قرارات وتعليمات لأعضاء النيابة بعدم الإعتداد بهذه الورقة العرفية إذا ما قدمت لهم في الحالات سالفة الذكر ، وبعدم ترتيب أي أثر قانوني عليها مطلقا .وذلك ردعا لهؤلاء المنحرفين والمنحرفات وهؤلاء الساقطين والساقطات ، وحماية للمجتمع من الإنحراف والفساد .

الـفـصـل الـثـالـث

الآثار السلبية المترتبة علي عقد الزواج العرفي وكيفية الحد من إنتشارها وبيان حكم الزواج العرفي وهل هو باطل وحرام شرعا أم لا

الـمـبـحـث الأول

الآثــار الـسـلـبـيـة المترتبة عـلـي عـقـد الـزواج الـعـرفـي

بلـغ الإنحـراف بـبعض الفتيـات مبلغـا خطيـرا واسـتساغت أن تلجـأ إلـي إشـباع غرائزها الجنسية عن طريق ما يسمي بالزواج العرفي ٠

وإن هذه الحالات تعكس صورة من صور الانحراف لشرائح كثيرة في المجتمع وخاصة بين فتيات الجامعات ٠

وقد أصبحت لشدة خطورتها تستدعي البحث في ثناياها والتبصرة بمخاطرها والآثار السلبية الناتجة عن هذه الظاهرة وهي آثار غاية في الخطورة تؤثر سلبا علي الرجل والمرأة والمجتمع علي حد سواء ٠

وسأحاول إبراز أهم هذه الآثار السلبية وذلك علي النحو التالي :

أولا :

ضياع الحقوق الشرعية للمتزوجة عرفيا :

إن أول أثـر سـلبي سـيء يترتـب علـي عقـد الـزواج العرفـي هـو ضـياع جميع الحقوق الشرعية للمتزوجة عرفيا ذلك أن المرأة التي تتزوج عرفيا لم يرتـب لها القانون أي حق من حقوقها الشرعية إذا ما أنكر الزوج هذا الزواج فلم

يعترف لها القانون بالحق في النفقة حال قيام الزوجية بينهما كما لم يعطها القانون الحق في أن تطالب بنفقة العدة ولا بنفقة المتعة إذا ما طلقها زوجها ٠ أيضا لم يقر لها القانون أي أحقية في أن تطالب بمؤخر صداقها إذا ما قام زوجها العرفي بطلاقها ومن هنا ندرك هذا الأثر السلبي المترتب علي هذا الزواج العرفي علي المرأة والتي تتسبب هي بحماقتها ورعونتها وعدم مراعاتها لأحكام دينها وشريعة ربها في ظلم نفسها بنفسها ، قال سبحانه وتعالي : { وما ظلمناهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون } ٠ (١)

ثانيا :

إنعدام حرية المرأة :

تفقد المرأة حريتها إذا ما لجأت إلي الزواج العرفي خاصة إذا ما كان الشخص الذي تزوجها عرفيا خبيث النفس سيء النية ، فهو ممكن أن يطلقها شفهيا ويكون تحت يده ورقة الزواج العرفي ، فإذا ما تزوجت هذه المرأة بزوج أخر سارع هو إلي إظهار هذه الورقة إلي النيابة العامة متهما إياها بجريمة الزنا وبجريمة تعدد الأزواج حيث أنها تزوجت وهي علي عصمة رجل أخر ٠

فتقع المرأة في حيرة وتكون مهددة بالوقوع تحت طائلة قانون العقوبات والخشية من المثول أمام المحكمة بتهمة الزنا ، وقد تفقد المرأة ورقة الزواج العرفي أو لا يكون تحت يدها نسخة منه أصلا ففي هذه الحالة لا تستطيع أن تستفيد من نص المادة رقم ١٧من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م الذي يجيز لها طلب التطليق إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة وتصبح معلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة ، وقد تضطر هذه المرأة أن تدفع من أموالها الكثير لكي تسترضي هذا الذي تزوجها عرفيا حتى لا يقيم ضدها دعوى الزنا فتخضع بذلك لابتزازه

١- سورة النحل آية رقم ١١٨

والخضوع لرغباته وأهوائه كما يلجأ هو أيضا إلي أن يساومها ويساوم أهلها لكي تنال حريتها الضائعة وكرامتها المفقودة التي أضاعتها بتصرفها الأحمق الخاطئ وهذا من أسوء الآثار السلبية الناجمة عن الزواج العرفي ·

ثالثا :

شيوع الفاحشة في المجتمع :

عادة ما يكون الزواج العرفي مخفيا عن الأهل والأقارب والجيران فيلجأ المتزوجان عرفيا إلي الإقامة في أماكن نائية بعيدة عن الأعين يلتقيان فيها في أوقات مختلفة وغير مألوفة ·

فتنتشر الإشاعات حولهما وحول سلوكهما المريب وتتفتح منافذ الظن السيء ويبدأ الخوض في الأعراض والرمي بالزنا ويلجأ الآخرون إلي تقليدهما إستسهالا لفعلهما فتشيع الفاحشة في أوساط المجتمع وتعصف الفوضى بكيانه وتتعرض سلامة الناس وإستقرارهم للإشاعات والفوضى وغير ذلك ·

رابعا :

تشويه سمعة الأسرة :

إن مجتمعاتنا مجتمعات شرقية وأشد ما يميز هذه المجتمعات الشرقية هو الحفاظ عليالعادات والتقاليد بين أوساط الناس في المجتمع وإن كلمة أسرة محافظة هي من المصطلحات التي تفتخر بها أي أسرة مصرية والزواج العرفي هو من الأمور التي توجب الشين والعار علي جبين العائلات والأسر لمخالفتها لما اعتاد عليه الناس من الزواج الصحيح الموثق علي يد مأذون ، فإذا ما حدث أن ظهر في إحدى العائلات بنت قد تزوجت عرفيا فإنه في هذه الحالة تسوء سمعة الأسرة بأكملها وقد يكون لهذه الفتاة أخوات أخريات لم يتزوجن بعد فيحجم الخطاب عن التقدم إليهن بسبب سمعة أختهن السيئة ·

خامسا :

عقوق الوالدين و قطيعة الأرحام :

إن الزواج العرفي يتم عادة بدون موافقة الوالدين وبدون رضاهما بل بدون علمهما أصلا في الغالب الأعم من تلك الحالات ٠

وفي هذا مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية التي أوجب جمهور الفقهاء فيها علي موافقة ولي الأمر علي الزوج حتى ينعقد الزواج صحيحا إستنادا إلي حديث النبي صلي الله عليه وسلم : { لا نكاح إلا بولي } ٠ (١)

وروي عن السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال { أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ٠٠٠ } (٢)

فإذا ما عبثت البنت بعرضها وشرف أهلها ولم تراع حقوق آبائها عليها فإن ذلك معناه عقوق للوالدين ونكران وجحود منها لحقهما عليها ٠وكذلك الولد الذي لا يراعي ذلك في الفتاة التي يرتبط بها عرفيا دون علم أهله ووالديه فإنه بذلك يكون عاقا لهما مؤذيا لأحاسيسهما ومشاعرهما التي أوجب الله سبحانه وتعالي عليه مراعاتها فيهما ٠

فبعد أن ظل الأب والأم ينفق علي أولاده حتى كبروا أمام أعينهما ليسعدوا بهم وتكبر فيه البنت ويسعد الأبوين بزواجهما فإذا بهؤلاء الأبناء يطعنون آباءهم ويفرحوا بهم حين يتزوجون ويمنون أنفسهم بهذا اليوم الذي يكبر فيه الولد

١-رواه أحمد والأربعة وصححه ابن المديني وابن حبان وأعله بالإرسال صحيح الترمذي ١١٠١ والحديث ورد في كتاب سبل السلام للصنعاني حديث رقم ٩٠٩ ص ٨٠٨ ـ كتاب النكاح ٠

٢- أخرجه الأربعة إلا النسائي وصححه أبو عوانه وابن حبان والحاكم ـ صحيح الترمذي ١١٠٢ والحديث ورد في كتاب سبل السلام للصنعاني حديث رقم ٩١٠ ص ٨٠٩ كتاب النكاح ٠

بسكين الجحود والعقوق حين يقتلون الفرحة في قلوب آبائهم بهذا الزواج العرفي البغيض فتحدث الفرقة والشقاق وتتقطع الأرحام التي أمر الله بوصالها قال تعالي : { فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم } ٠(١)

سادسا :

ضـيـاع الأنـسـاب :

الزواج العرفي يغلب عليه طابع السرية وفي أحيان كثيرة من حالاته لا يكون مع المرأة دليل كتابي يثبت أنها متزوجة عرفيا من شخص ما ثم يحدث أن تحمل هذه المرأة ويتحرك في أحشائها جنين ينزل إلي الحيا ة يحتاج إلي أن يكون له أب يعترف بنسبته إليه ، فتفاجأ الأم عند ذهابها لقيد مولودها في سجلات المواليد بأن زوجها العرفي لا يعترف بنسبة هذا الإبن إليه ويدعي أنه ليس من مائه ولا صلبه ويسارع إلي نفي نسب هذا المولود إليه ٠

وهذا الأمر قد ولد في المجتمع مشكلة كبيرة وخطيرة وهي وجود أطفال بلا نسب وليس لهم أي ذنب في تلك الجريمة التي إرتكبت في حقهما حتى أصبحنا نري في المحاكم المصرية ما يزيد علي أربعة عشر ألف قضية متداولة حاليا بالمحاكم لأطفال مجهولين النسب يسعون وتسعي أمهاتهن إلي إثبات نسبهم لآبائهم عاجزين في معظم الحالات عن إثبات أن هناك زواجا عرفيا شرعيا صحيحا قد تم ونتجت عنه هذه الولادات من الأطفال عديمي النسب يرجي نسبتهم إلي آبائهم عديمي الضمير ، فهل آن لهؤلاء الفتيات والسيدات أن يتعظن من تلك الحالات ويتقين الله في أنفسهن وفي من قد يتحرك في أحشائهن من أجنة جاءت عن طريق السفاح والحرام بزواج عرفي هو في أحسن حالاته لا يترتب عليه أي أثر أو حق لهذه الزوجة أو لأبنائها ٠

١- سورة محمد آية رقم ٢٢

سابعا :

فقد الفتاة بكارتها وما يترتب علي ذلك :

يحدث حتما للفتاة المتزوجة عرفيا وخاصة بين فتيات الجامعات أن تفقد عذريتها وبكارتها وتتحول من بنت وفتاة إلي إمرأة ثيب ٠ بل قد يحدث في كثير من الأحيان أن تحمل في أحشائها جنين نتيجة هذا الزواج العرفي ولما كان هذا الزواج العرفي قد أبرمته الفتاة في سرية كاملة بعيدا عن معرفة الوالدين والأهل والأقارب ، فإنه يحدث كثيرا أن يتقدم لوالد هذه الفتاة عريس به كل المواصفات التي تتمناها كل فتاة فيفرح الوالدين بهذا العريس الذي تقدم لخطبة إبنتهم فيفاجئون بإبنتهم ترفضه ، ويتوالى تقدم الخطاب ويتوالى رفض الفتاة لهم ويتوالى كبر الجنين في أحشائها ٠فتقع الفتاة في حيرة عظمي ويضغط الأبوان عليها ضغطا شديد في محاولات عديدة لمعرفة أسباب هذا الرفض المتكرر ٠

فتلجأ الفتاة إلي الشاب الذي فض بكارتها وأفقدهاعذريتها تحت مصطلح الزواج العرفي لكي يتقدم رسميا إلي أهلها لكي يطلب يدها منهم ، فإذا بها تفاجأ به يتنصل منها ومن الجنين الذي في بطنها ويطلب منها أن تقوم بإجهاض نفسها بعملية جراحية عند أحد الأطباء أما هو فيتذرع بأنه مازال طالبا في المراحل النهائية من الدراسة ولا يزال يأخذ مصروفه من والديه وبأنه لا يستطيع تأسيس منزل الزوجية ولا يستطيع القيام بتكاليف وأعباء ونفقات الزواج فتبكي الفتاة بكاء حارا وتندب حظها التعيس علي ما فرطت في شرفها وسمعتها وسمعة أهلها ولكن بعد فوات الأوان ٠وتفكر مرارا للخروج من ورطتها هذه فهي من ناحية لا تستطيع أن تخبر أهلها بأنها متزوجة عرفيا من زميلها وهي من ناحية أخري لا تستطيع القبول بذلك العريس الذي تقدم لأهلها خشية أن يكتشف عقب الدخول بها أنها ليست عذراء وأنها فقدت بكارتها فلا تجد ملاذا ولا وسيلة للخلاص من هذا المأزق سوي اللجوء إلي أحد الأطباء لكي يقوم بإجهاضها ويجري لها عملية ترقيع للبكارة ٠

ثامنا :

إنتشار عمليات ترقيع البكارة والإجهاض :

إن من أسوأ الآثار السلبية الناجمة عن ظاهرة الزواج العرفي المنتشرة في المجتمع هو إنتشار عمليات ترقيع غشاء البكارة وإنتشار عمليات الإجهاض بين أوساط الفتيات في المدارس والجامعات المختلفة وغيرها ، والسبب في ذلك أن الفتاة بعد أن تتزوج عرفيا بطبيعة الحال تكون قد فضت بكارتها وأحيانا كثيرة يحدث حمل ويتهرب منها فتاها المأمول ولا تستطيع في ذات الوقت إخبار أهلها بما حدث فيرشدها زملاء وزميلات السوء إلي اللجوء إلي عيادات بعض الأطباء عديمي الضمير للقيام بعملية الإجهاض وللقيام بعملية ترقيع لغشاء البكارة ٠ وهذا يقودنا إلي معرفة موقف الطب من ذلك ورأي الدين في عمليات ترقيع البكارة ذلك أن الفتاة عندما تتزوج من العريس الذي جاءها من قبل أهلها ليعقد عليها المأذون علي أساس أنها بكر وليست ثيبا ٠

ويتم عقد قرانها علي أساس أنها حرة عفيفة ويقول خطيبها المخدوع لوالدها الجملة المشهورة : قبلت زواج إبنتك البنت البكر البالغة الرشيدة ٠٠٠

وهي للأسف الشديد ليست بكرا٠٠ وفي هذا أكبر خديعة لهذا الزوج الغافل الذي خدعته هذه الفتاة الخبيثة بعملية الترقيع الماكرة ٠

وهو فيه ما فيه من غش وتلبيس وتدليس وهذا مخالف للشرع والدين لأن النبي صلي الله عليه وسلم يقول : {من غشنا فليس منا } ٠ (١) وقال صلي الله عليه وسلم : { ليس منا من غش } ٠ (٢)

والباحث من خلال هذا البحث : يوجه نداء إلي المسئولين عن الطب في مصر وإلي النقابة العامة للأطباء المصريين بإستصدار قرارات وقوانين

١ـ سنن ابن ماجه ـ كتاب التجارات ـ باب النهي عن الغش حديث رقم ٢٢٢٥ ـ ص ٣٨٢

٢ـ سنن ابن ماجه حديث صحيح ـ حديث رقم ٢٢٢٤ ص ٣٨٢ ـ باب النهي عن الغش

وإستحداث تدابير وعقوبات تغلظ العقوبة علي تلك العيادات التي يقوم أصحابها بعمليات الإجهاض وترقيع غشاء البكارة المذكورة مع إتخاذ جميع الإجراءات والتدابير الإحترازية اللازمة تجاه أصحاب هذه العيادات التي فقد أصحابها ضمائرهم من أجل المادة الزائلة ولم يراعوا ربهم ولم يحافظوا علي شرف المهنة ولا القسم الذي أقسموه ٠

وذلك حتى لا تحدث خلخلة في المجتمع أكثر مما هو حادث ونتمكن من القضاء أو الحد من إنتشار هذه الظاهرة المقيتة ٠

كما يهيب الباحث بالمسئولين عن التشريع القانوني في مصر : أن يعملوا علي إستصدار نص في قانون العقوبات يعاقب ويغلظ العقوبة علي الفتاة التي يثبت أنها قامت بإجراء عملية ترقيع لبكارتها أو إجهاض نفسها وتزوجت بآخر علي هذا الأساس من الغش والخديعة وذلك بعقوبة مغلظة تشتمل علي الحبس مع الشغل والنفاذ مقترنة بالغرامة المالية الكبيرة ٠

وذلك حتى يرتدع ذووا الضمائر الميتة والنفوس الخبيثة وينصلح حال الناس ويعود المجتمع إلي سابق عهده من الصفاء والنقاء والقرب من الله سبحانه وتعالي ٠

المبحث الثاني

كيفية الحد من انتشار الزواج العرفي

الزواج العرفي ظاهرة مقيتة انتشرت كالنار في الهشيم في المجتمعات المصرية وتخطت هذه الظاهرة أوساط الشباب وطلبة الجامعات إلي العديد من شرائح المجتمع وحتى كبار السن من الناس ونتج عن انتشار هذه الظاهرة آثار سيئة أضرت بالمجتمع ضررا بالغا مما جعل التفكير في وضع حلول للعمل علي الحد من انتشارها وتطويقها وصولا إلي اختفائها نهائيا بمشيئة الله تعالي ٠

وإنني أري عدة حلول تساعد علي الحد من انتشار هذه الظاهرة بين أوساط الشباب أوردها فيما يلي :

أولا : نشر التوعية الدينية :

إن الدين هو صلب عقيدة الإنسان ، وإن الشريعة الإسلامية الغراء أوجبت من الضوابط والمحاذير ما يساعد علي قيام أسرة سليمة قوامها المحبة والإئتلاف بين أفرادها ولا يكون ذلك إلا باتباع الأركان والضوابط الشرعية لعقد الزواج الصحيح حتى يتعاون الزوجان علي المحبة والإخلاص وتنشئة الأولاد علي القواعد الإسلامية الصحيحة ٠وإن كل ذلك لا يتحقق مقصوده إلا بتحقق عقد الزواج بالطريقة الشرعية الصحيحة ذات الأركان والضوابط والشروط التي قررها جمهور الفقهاء من الأئمة المعتبرين ٠وإن الزواج العرفي لا يتحقق به الغاية من العلاقة الزوجية الأصيلة التي تتسم بالمودة والاستقرار قال تعالي :

{ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } ٠(١)

١- سورة الروم آية رقم ٢١

فالزواج العرفي الذي نشأ علي السرية والكتمان وعدم إذاعته بين الناس والقلق والخوف من أن يعلم به أحد من الأهل والأقارب لا يتحقق فيه مقصود الآية الكريمة من سكن ومودة ورحمة ، إن الحياة الأسرية الجميلة التي قررتها الشريعة الإسلامية من إعفاف الرجل والمرأة وصونهما وإقامة دعائم الأسرة علي السكن والمودة والرحمة حتي تقوي أواصر المحبة بين الأسر وتتواصل العلاقات الاجتماعية في إطار من الشفافية والوضوح والعلانية حتى تتنزه العلاقة الزوجية عن كل ما قد يشوبها أو يحوم حولها من الشبهات والظنون وقد جاء في الحديث عن عبد الله بن الزبير عن أبيه رضي الله عنهم أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : { أعلنوا النكاح } ٠ (١)

وفي رواية عن عائشة رضي الله عنها : {أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال }أي الدف ٠ (٢)لذلك نري أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال :

{ أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف } (٣)

وقال رسول الله صلي الله عليه وسلم أيضا : { فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح } ٠ (٤)

١-رواه أحمد وصححه الحاكم صحيح الجامع حديث رقم ١٠٧٢ - من كتاب سبل السلام للصنعاني -كتاب النكاح - ص ٨٠٨

٢- أخرجه الترمذي ضعيف الترمذي ١٠٨٩ وقال الألباني - ضعيف إلآ الإعلان - سبل السلام للصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨٠٨

٣- أخرجه النسائي ١٠٨٩ والبيهقي٧/٢٩٠ من كتاب نيل الأوطار للشوكاني - كتاب الوليمة - ج ٦ ص ٢١٩

٤- رواه الخمسة إلا أبا داود والترمذي ١٠٨٨ وابن ماجه ١٨٩٦وأحمد٣ / ٤١٨ والنسائي في النكاح٦ / ١٢٧ - من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٢١٩ - كتاب الوليمة - باب الدف واللهو في النكاح

وفي هذا يقول الإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني في كتابه سبل السلام :

" وأخرج الترمذي أيضا من حديث عائشة وقال حسن غريب : {أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدف وليولم أحدكم ولو بشاة فإذا خطب أحدكم امرأة وقد خضب بالسواد فليعلمها لا يغرها } ٠دلت الأحاديث علي الأمر بإعلان النكاح والإعلان خلاف الإسرار وعلي الأمر بضرب الغربال وفسره بالدف والأحاديث فيه واسعة وإن كان في كل منها مقال إلا أنه يعضد بعضها بعضا ويدل علي شرعية ضرب الدف لأنه أبلغ في الإعلان من عدمه وظاهر الأمر الوجوب ولعله لا قائل به فيكون مسنونا ولكن بشرط أن لا يصحبه محرم من التغني بصوت رخيم من امرأة أجنبية بشعر فيه مدح القدود والخدود بل ينظر إلي الأسلوب العربي الذي كان في عصره صلي الله عليه وسلم فهو المأمور به أما ما أحدثه الناس بعد ذلك فهو غير المأمور به ولا كلام أنه في هذه الأعصار يقترن بمحرمات كثيرة فيحرم لذلك لا لنفسه٠ " (١)

لذلك يجب علي ولاة الأمر والآباء والأمهات ورجال الدين ودور الإعلام المختلفة أن تقوم بتوجيه الأبناء والبنات توجيها دينيا صحيحا في عموم حياتهم كلها ٠وتوعيتهم التوعية الدينية السليمة وإرشادهم وتبصيرهم بالأسس والضوابط الشرعية لعقد الزواج الشرعي الصحيح وما يستلزم وجوده من أركان وشروط لا يكون العقد شرعيا صحيحا إلا بتوافرها ٠مع لفت أنظارهم وتنبيههم تنبيها قاطعا إلي أن عقد الزواج العرفي بصورته الحالية هو عقد باطل ومحرم شرعا في رأي جمهور الفقهاء ولا يحقق المقصود من الزواج الشرعي الصحيح بل يترتب عليه أبلغ الضرر للمرأة والرجل والمجتمع علي حد سواء

١- سبل السلام الموصلة إلي بلوغ المرام للإمام محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني - كتاب النكاح - ص ٨٠٨ -

ثانيا : تفعيل دور الأسرة واستمرار متابعتها لأبنائها :

يجب علي الآباء والأمهات أن يتحملوا مسئولياتهم تجاه أبنائهم لأنهم مسئولون عنهم أمام الله سبحانه وتعالي والنبي صلي الله عليه وسلم يقول : {كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته } ٠ (١) ولا يكون ذلك إلا بمراقبة سلوكيات وتصرفات الأبناء والبنات وعدم تركهم عرضة لأصدقاء وصديقات السوء لأن صديقة السوء بالنسبة للبنت وصديق السوء بالنسبة للإبن يفسدهما دون أن يدري بذلك الأب والأم ٠

كذلك يجب علي الآباء الاهتمام بالمشاكل النفسية والعاطفية لأبنائهم خاصة في مرحلة المراهقة والشباب التي هي من أخطر المراحل في حياة أبنائنا ٠وذلك حتى لا يندفعون وراء العواطف الجامحة دون تبصر وبصيرة فتندفع البنت تحت رغبة أحاسيسها الجنسية والعاطفية إلي الإختلاط بمجتمع الأولاد وهي غير محصنة بأي قيم دينية أو أخلاقية تحت دعوى الحرية وإباحية الصداقة بين الأبناء والبنات في رحلات جامعية تبيت فيها البنت خارج منزل أسرتها أيام وليالي عديدة فتنحرف البنات وينحرف البنين تحت طغيان شهوة الجنس التي لا يحكمها أي ضابط شرعي أو أخلاقي فيحصل الزواج العرفي بين هؤلاء الأولاد والبنات غير مبالين بالضوابط الشرعية المطلوبة ٠

وبالتمعن الفاحص في ذلك نجد أن الأسرة قد مهدت لهذا الزواج العرفي بموافقتهم علي بيات بناتهم الليالي الطويلة خارج المنزل في رحلات كثيرة مع شباب غرباء بدعوى الحرية فقد بعض الآباء والأمهات مسئولياتهم تجاه أبنائهم وانحرف الآباء بأفكارهم ٠ فانحرف الأبناء والبنات بسلوكياتهم فغابت القدوة

١- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - مختصر صحيح البخاري للإمام أبي العباس أحمد الزبيدي - حديث رقم ٥٠١ ص ١٣٠ - وفتح الباري ج ٢ ص ٨٩٣ - باب الجمعة في القري والمدن ٠

وتصرف كل علي حسب هواه لذلك يجب علي الآباء والأمهات أن يراجعوا أنفسهم في أسلوب تربيتهم لأبنائهم وأن ينشئوا أبناءهم وبناتهم التنشئة الإسلامية الصحيحة حماية للأسرة من الوقوع في الانحلال والتفكك والرذيلة ٠

كما أن هناك نقطة هامة يود الباحث أن يلفت النظر إليها وهي وقوع بعض الأسر في خطأ كبير : ألا وهي المشاكل الأسرية التي تحدث بين الآباء والأمهات فلا ينبغي أن يتم معالجتها أمام أبنائهم وبناتهم بل ينبغي أن يعالجها الأب والأم في أماكن مغلقة مقصورة عليهما حتى لا تتأثر بها نفسيات أبنائهم وبناتهم وينشأوا معقدين نفسيا ومهلهلين إجتماعيا ٠

ثالثا : تيسير متطلبات الزواج :

إن المغالاة في المهور وكثرة متطلبات الزواج التي يطلبها الآباء ممن يتقدمون للزواج من بناتهم جعل الكثير من الشباب يعرض عن الزواج كرها وقهرا حتي أصبح متوسط سن الزواج بالنسبة للرجل ما بين الخامسة والثلاثين والأربعين وبالنسبة للفتاة بلغ ما بين الثلاثين والخامسة والثلاثين وهذا أمر يخالف ماجاءت به الشريعة الإسلامية السمحاء التي حرصت علي إتاحة فرص الزواج لأكبر عدد ممكن من الرجال والنساء ليتمتعوا جميعا بالحلال كما أمر به الحق سبحانه وتعالي ٠والنبي الكريم صلي الله عليه وسلم قال : {إذا أتاكم من ترضون دينه و خلقه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ٠٠٠ } ٠ (١)

وهل هناك فتنة وفساد أكبر من فتنة وفساد الزواج العرفي والمتزوجون عرفيا هذا وقد كره الإسلام المغالاة في المهور وأرشدنا النبي صلي الله عليه وسلم إلي أن قلة المهر دليل علي يمن المرأة وبركتها ٠

---

١ ـ رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب ١٠٨٥ ـ من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٤٩

وقد قال النبي صلي الله عليه وسلم : { إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة } ٠ (١)
وعن عقبة بن عامر رضي الله تعالي عنه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : { خير الصداق أيسره } ٠ (٢)

وحول هذه المسألة يقول الإمام الشوكاني في كتاب نيل الأوطار :

" قوله : (أيسره مؤنة) فيه دليل علي أفضلية النكاح مع قلة المهر وأن الزواج بمهر قليل مندوب إليه لأن المهر إذا كان قليلا لم يستصعب النكاح من يريده فيكثر الزواج المرغب فيه ويقدر عليه الفقراء ويكثر النسل الذي هو أهم مطالب النكاح بخلاف ما إذا كان المهر كثيرا فإنه لا يتمكن منه إلا أرباب الأموال فيكون الفقراء الذين هم الأكثر في الغالب غير متزوجين فلا تحصل المكاثرة التي أرشد إليها النبي صلي الله عليه وسلم في أول النكاح " ٠ (٣)

فلو جعل الآباء هذه الأحاديث العظيمة أمام أعينهم ما لجأوا إلي المغالاة في المهور وليسروا علي أبنائهم وبناتهم سبل الزواج ٠ولما نشأت أزمة الزواج التي أضرت بالرجال والنساء والمجتمع علي حد سواء ، ونتج عنها المفاسد العديدة وكسدت سوق الزواج ٠وأصبح الحلال أصعب منالا من الحرام حتى لجأ الشباب والفتيات إلي الحرام المقنع بلبس الحلال وهو الزواج العرفي ظنا منهم أنهم يلجأون إلي الحلال بهذا الزاوج العرفي فكانوا كالمستجيرين من الرمضاء بالنار فهربوا من حرام صراح إلي حرام مقنع ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ٠

١- رواه أحمد - (حسن) أحمد ٦ / ١٤٥ من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٩٦

٢- صحيح الحاكم ٢ / ١٧٦ من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٩٧ - كتاب الصداق ٠

٣- نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٩٨ - كتاب الصداق - باب جواز التزويج علي القليل والكثير ٠

رابعا : تطوير المناهج الدينية وتفعيل دور المؤسسات الدينية :

كانت المناهج الدينية فيما مضي علي قدر كبير من الوعي وتبصير البنين البنات بأمور دينهم وكان لها دور فعال في الحث علي الأخلاق الفاضلة والسلوكيات الحميدة من خلال الآيات القرآنية الشريفة والأحاديث النبوية المطهرة التي كان مدرسوا الدين بالمدارس المختلفة يفعلون العمل بأحكامها عمليا علي مرأي ومسمع من الأولاد والبنات علي حد سواء ، فكان الأولاد والبنات يتعلمون أصول دينهم ويتعلمون الحلال والحرام والقيم وحب الفضيلة والبعد عن الرذيلة ، فكانت مادة الدين ومدرس الدين في المدارس المختلفة لهما من الهيبة والاحترام ما يؤثر علي النفوس ويبعث علي التمسك بالفضيلة والأخلاق النبيلة ، ثم دار الزمن دورته وأهدرت كرامة مادة الدين ومنع احتساب درجاتها من المجموع الكلي لدرجات الطالب فتهاون بعض الطلاب بها وهانت في أعينهم وضعفت قيمتها في أنفسهم فساعد ذلك علي خلخلة أمور العقيدة الصحيحة في نفوس البعض منهم فحادوا عن جادة الصواب فغابت القدوة حتي وصلنا في نهاية المطاف إلي هذه الحالة من الانهيار والتفسخ والتحلل والتفكك الديني والأخلاقي لدي بعض الأبناء و البنات حتى إذا وصلوا إلي المرحلة الجامعية واختلطوا بعضهم البعض رأينا منهم العجب العجاب ، فكانوا شبابا بلا قيم ولا مبادئ دينية تردعهم ولا توجد ضوابط أخلاقية سامية تحكم هذا الاختلاط البغيض بين الجنسين فهاموا علي وجوههم فرادي وجماعات متزوجين ومتزوجات عرفيا بلا أخلاقيات ، فما أحرانا وما أحرى المسئولين عن التعليم في مصر بالعودة إلي العصر الذهبي للمؤسسات التربوية وجعل مادة الدين مادة أساسية في المناهج يحتسب مجموعها من ضمن المجموع الكلي الذي يحصل عليه الطالب حتى تعود القيم والفضيلة إلي نفوس أبنائنا وبناتنا ،

خامسا : الحد من الاختلاط بين الجنسين :

إن الاختلاط بين البنين والبنات في المدارس والجامعات وغيرها يؤدي إلي كوارث أخلاقية ويعتبر الاختلاط بين الجنسين هو أحد العوامل الرئيسية التي أدت إلي ظهور وانتشار الزواج العرفي بين طلبة الجامعات ٠

خاصة مع التبرج السافر لبعض الطالبات وارتدائهن الملابس المثيرة للشهوات التي لا تستر عوراتهن حتى انطبق عليهن قول النبي صلي الله عليه وسلم : {نساء كاسيات عاريات مميلات مائلات } ٠ (١) فأصبح الشاب يجد صعوبة بالغة في غض بصره وأصبح لقمة سائغة للشيطان ٠

ومما هو جدير بالذكر أن هذه الاختلاطات بين الجنسين قد ازدادت تحت دعاوى الحرية الزائفة وازدادت معها العلاقات الجنسية المحرمة بين بعض البنين والبنات فلم يستطيعوا التغلب علي أنفسهم وقادتهم شهواتهم الحيوانية إلي ارتكاب المعاصي والذنوب وإتيان الفواحش التي نهي عنها الله ورسوله ٠

وإذا بالبعض من الشباب والفتيات نجد أمثلهم طريقة هو الذي يلجأ للزواج العرفي واستشرت هذه الظاهرة في الكثير من الأوساط الجامعية بجميع أنحاء الجمهورية استشراء النار في الهشيم وبسبب الاختلاط شاهدنا البنات الحوامل من سفاح وشاهدنا مظاهر الرذيلة والفسق بين البنات والشباب علي حد سواء ٠

سادسا : تفعيل دور الإعلام ليتحمل مسئوليته في معالجة هذه الكارثة

إن للإعلام بوسائله المختلفة دورا أساسيا وهاما جدا في علاج هذه الكارثة : كارثة الزواج العرفي والحد من انتشارها بين أوساط الناس في المجتمع لما لها من تأثير شديد علي أفكار وعقول الشباب والفتيات وكبار السن علي حد سواء

١- رواه مسلم - صحيح مسلم كتاب اللباس والزينة ٢١٢٨ - من كتاب رياض الصالحين حديث رقم ١٦٤١ ص ٣٤٥ وهو من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ٠

ويري الباحث أن علي الإعلام دورا ومسئولية كبري في توعية الشباب من الجنسين إلي خطورة الزواج العرفي ، وذلك من خلال بيان رأي الدين في هذه المسألة من خلال استضافة العلماء المعتبرين الذين لا تحوم حولهم أية شبهات ولا يميلون إلي الهوي والسلطة والجاه والشهرة وإنما يبتغون وجه الله الكريم •

كما يري الباحث أن للمسئولين عن الإعلام دورا هاما في محاولة الحد مما يذاع في التليفزيون والفضائيات من أفلام وأغاني تحتوي علي مشاهد العري الخليع والمناظر المثيرة للجنس وإحياء الغرائز الكامنة والتي تستثار في غير ما أحله الله سبحانه •

وأنه يجب علي المسئولين عن الإعلام أن يجدوا الوسائل المناسبة التي تمنع إذاعة القنوات التي تبث سموم الأفلام الجنسية المثيرة للشهوات الحيوانية •

كما عليهم أيضا مسئولية منع التراخيص التي تصدر للصحف والمجلات التي تحتوي علي الصور الإباحية ومناظر العري والفجور ووضع العقوبات المناسبة لكل ما سبق ذكره آنفا •

سابعا : التوعية بالموقف القانوني من الزواج العرفي :

هناك مسئولية مشتركة تقع علي عاتق كل من ولاة الأمر والآباء والأمهات ورجال الدين والقانون والفكر في المجتمع :

ألا وهي توعية الشباب والبنات بالوضع القانوني المترتب علي الزواج العرفي وحقوق كل من الزوج والزوجة في ظل هذا الزواج العرفي • وذلك تطبيقا للحديث الشريف الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلي الله عليه وسلم قال : {كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، والأمير راعٍ ومسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله ومسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها ، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته قال : وحسبت أن قال : والرجل راع في مال أبيه ومسئول عن رعيته

وكلكم راع ومسئول عن رعيته } ٠ (١) وذلك بتنبيههم أن عقد الزواج العرفي لا يترتب عليه أي أثر من الناحية القانونية ٠فلا يكون هناك حق للمرأة أن تطالب زوجها العرفي بنفقة الزوجية كما لا يستطيع الرجل أن يطالب المرأة بالدخول في طاعته كما لا يثبت بالزواج العرفي أي حق للتوارث بين الزوجين طالما أنكره أحدهما ٠فضلا عن ذلك فإن هناك مشكلة قانونية أخري وتعتبر غاية في الخطورة تترتب علي الزواج العرفي :

وهي أن القانون لا يعترف بنسب الولد إلي أبيه في حالة ما إذا أنكر الزوج علاقته الزوجية الناجمة عن هذا العقد العرفي وتذهب الأم بمولودها لقيده في سجلات المواليد فيأبون عليها ذلك لأن أباه رفض أن يعترف به ولا توجد وثيقة زواج رسمية تساعد علي نسبة الولد إلي أبيه ، وقد انتشرت هذه المشكلة في المجتمع المصري حتى أنه يوجد حاليا ما يزيد علي أربعة عشر ألف قضية نسب متداولة حاليا في المحاكم المصرية بسبب عدم اعتراف الآباء بأبنائهم وكثير من هذه الحالات سببها ناجم عن علاقات زوجية مشبوهة أو ما يسمي بعقود الزواج العرفي ٠

ثامنا : صدور قانون بتجريم الزواج العرفي :

يري الباحث أن من أسباب انتشار الزواج العرفي في المجتمع هو ترك الحبل علي الغارب لهؤلاء الشباب والفتيات دون وجود رادع قانوني يخيفهم ويجبرهم علي عدم إفساد المجتمع بهذه العلاقات الضارة المشبوهة ٠وبما أن طاعة أولي الأمر واجبة علي المسلمين وأن أولي الأمر في مصر قد شرعوا وأوجبوا في قانون الأحوال الشخصية المعمول به حاليا بعدم

---

١ ـ التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح ـ حديث رقم ٥٠١ ص ١٣٠

ترتيب أي أثر علي عقود الزواج العرفية إلا إذا كانت موثقة علي يد المأذون الشرعي المختص وقد اشتملت علي ذلك نصوص ومواد القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥أحوال شخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠لسنة ١٩٨٥المعدلين جميعا بقانون الأحوال الشخصية الجديد والذي يحمل رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية واللائحة التنفيذية وكلها جميعا أجمعت علي عدم ترتيب أي أثر قانوني لأي عقد زواج غير موثق أمام المأذون المختص ٠

لذلك يهيب الباحث بالمسئولين عن التشريع والقضاء في مصر :

أن يقوموا باستصدار واستحداث النصوص القانونية المناسبة إلي قانون العقوبات المصري تجعل من اللجوء إلي الزواج العرفي جريمة كبري يعاقب عليها القانون بأشد العقوبات ، ومنها عقوبة الحبس مع الشغل والنفاذ مقرونة بالغرامة المالية الفادحة ، نكالا وجزاء وفاقا لمن خربت ذممهم وفسدت أخلاقهم ويسعون إلي إفساد غيرهم من أفراد المجتمع ٠

هذا وقد أيد فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور نصر فريد واصل مفتي جمهورية مصر العربية الأسبق في فتواه الشهيرة : اللجوء إلي تجريم الزواج المخالف للشروط الشرعية والذي لم يوثق لدي مأذون مختص ولم تتوفر فيه الشروط الشرعية ٠

غير أن سيادته جعل عقوبة التجريم التي اقترحها عقوبة تعذيرية للسلطة المختصة بما يحقق الهدف من مشروعية الزواج الصحيح في نظر الشرع ٠(١)

١ـ من فتوي لفضيلة المفتي الدكتور نصر فريد واصل ـ مفتي جمهورية مصر العربية الأسبق ـ منشورة بمجلة منبر الاسلام عدد صفرلسنة ١٤١٨ هجرية صفحة رقم ٩٢

تاسعا :

ضرورة إلغاء الفقرة الأخيرة من المادة رقم ١٧من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية :

تنص المادة رقم ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية علي أنه : {لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشر سنة ميلادية أو كان سن الزوج يقل عن ثمانية عشر سنة ميلادية وقت رفع الدعوى ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الواقعة اللاحقة علي أول أغسطس سنة ١٩٣١ م ـ ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة } ٠

إن هذه المادة غريبة في نصها ، ومتناقضة ما بين صدرها وعجزها ٠

ففي حين أعطي صدر المادة حقا للمجتمع بعدم قبول رفع الدعوى عند الإنكار إلا إذا كان الزواج ثابتا بوثيقة رسمية جاء في الفقرة الأخيرة وناقض نفسه بأن أباح قبول دعوى التطليق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة إن هذا اللبس والغموض الذي ران علي كثير من عقول الناس من جراء هذا التناقض قد زاد **الأمر تعقيدا وفتح الباب علي مصراعيه أمام الفتيات ليتزوجن بورقة عرفية**

ففي حين أن المشرع في صدر هذه المادة لا يقر ولا يعترف بحلية الزواج العرفي وبعدم ترتيب أي أثر لعقد الزواج إلا إذا كان ثابتا بورقة رسمية وحسنا فعل بذلك وذلك حفاظا علي الحقوق الشرعية للمرأة والرجل علي حد سواء بعدما فسدت وخربت الذمم بين كثير من الناس في عصرنا الحالي ٠

فإذا بنا نفاجأ بالفقرة الأخيرة من هذه المادة تعترف وتقر بحلية الزواج الناتج عن ورقة عرفية !والدليل علي ذلك أنها أعطت المرأة الحق في رفع دعوى الطلاق إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة أي بورقة عرفية ؟ ٠

إن هذه المادة في فقرتها الأخيرة قد شابها العوار والقصور وفيها ما فيها من تناقض بين وواضح وقد كان الأجدر بالمشرع أن يوضح ويبين بشفافية ووضوح مدى اكتمال الأركان والضوابط الشرعية لهذه الورقة العرفية التي سمح بقبولها عند اللجوء إلي دعوى التطليق حيث ذكرت المادة حرفيا كلمة : إذا كان ثابتا بأية كتابة فهل المشرع يعترف بذلك بالزواج الثابت بورقة عرفية ؟

حتما إن المشرع بهذا التناقض الصارخ يعترف بهذا الزواج العرفي وهذا خطأ كبير وقع فيه المشرع إذ يساعد علي تفشى الفساد في المجتمع ويعمل علي زيادة إنتشار هذه الظاهرة بدلا من العمل علي الحد منها ٠

ومما يلفت الإنتباه أن هذه الفقرة لم تشترط في تلك الورقة التي أجازت رفع دعوى التطليق بموجبها أن تتوافر فيها أركان عقد الزواج الشرعي وضوابطه وشروطه الشرعية الصحيحة ٠

وإنما جاء النص مطلقا بإجازته رفع دعوى الطلاق بأي ورقة عرفية كانت دون النظر إلي شرعيتها من عدمه ٠

وقد يقول البعض أن سبب صدور هذه المادة من هذا القانون أن المشرع قد رأي رأفة بمن تزوجن وليس معهن وثيقة رسمية ولكن زواجهن ثابت بأي كتابة أن يخرجن من قيود هذا الزواج وذلك باستعمال المشرع لعبارة : "أن لهن رفع دعوى طلاق أو تطليق " في عجز المادة سالفة الذكر أعلاه ٠

وهذا تناقض بين وما كان يجب لهذه العبارة أن تضاف في عجز تلك المادة طالما أن الأصل في التشريع المصري أنه لا تقبل عند الإنكار الدعاوي الناشئة عن عقد الزواج ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، وهو المنصوص عليه صراحة في صدر نفس المادة رقم ١٧ ٠

وإنـنـي إذ أنـتـقـد مـسـلـك الـمـشـرع الـمـصـري فـي هـذا الـصـدد وأقـول :
أنه كان الأولي بواضع هذا القانون ألا تأخذه الرحمة بهؤلاء النساء المستهترات بشرفهن وعرضهن وسمعتهن وسمعة أسرهن وذويهن ويعالج لهن تصرفاتهن الخاطئة المخالفة للشرع والدين والأخلاق وألا يأخذ بأيدي العابثين المستهترين بأحكامه وأن يضرب علي أيديهم كي لا يتمادوا في مخالفتهم للقانون وأن يتحمل كل مخالف للقانون جزاء مخالفته ٠

وإنـنـي إذ أتـسـاءل سـؤالا فـي غـايـة الأهـمـيـة ؟ :
هل بعد مضي أكثر من ست سنوات كاملة علي صدور هذا القانون الذي جاء معوجا في عجز المادة رقم ١٧منه وقد منح هذه الفرصة للفتيات العابثات المستهترات بكل القيم والأخلاق ومنح الفرصة للفتيات اللاتي امتلأت أحشاؤهن بأجنة من حرام ضاربين بعرض الحائط كل القيم والمثل العليا التي تدعو إليها شريعتنا السمحاء ٠٠

هل بعد مضي أكثر من ست سنوات كاملة علي منحهن الفرصة الكاملة للتخلص من قيود هذا الزواج غير الثابت بوثيقة رسمية ٠٠ أتسـائـل :
هل تم القضاء علي هذه المشكلة وتخلصت هؤلاء الفتيات من الزواج العرفي الذي وقعن تحت براثنه ؟

وهل تابت هذه الفتيات الساقطات المتهتكات العابثات المستهترات ورجعن إلي الحق والفضيلة وتخلصن من هذه الجريمة جريمة الزواج العرفي ؟

وهل تخلص المجتمع من قضايا اثبات النسب والتي هي في زيادة مستمرة عبر ساحات المحاكم والناتجة عن تنكر الآباء لأطفالهم بسبب هذا الزواج العرفي ؟

ولم يصدر حتى الآن قانون يحتوي علي نصوص قاطعة ترتدع منه كل فتاة أخطأت في حق ابنها وحرمته من أن تستخرج له شهادة ميلاد لإثبات حقه في العيش بكرامة في المجتمع وحقه كمواطن صالح ينفع نفسه وأهله وبلده ٠

وأخيرا أتساءل هل بهذه المادة قد تم القضاء أو الحد من إنتشار ظاهرة الزواج العرفي في المجتمع والتي استشرت استشراء النار في الهشيم بين أوساط أبنائنا وبناتنا من طلبة الجامعات وغيرهم ؟ ٠

ويهيب الباحث بالمسئولين عن التشريع في مصر إعادة النظر في الفقرة الأخيرة من المادة رقم ١٧ الواردة بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية وتعديلها بما يوافق الشريعة الإسلامية السمحاء ٠

وبإلغاء هذه الفقرة التي تبيح بطريقة مقنعة الزواج العرفي وتفتح الباب واسعا علي مصراعيه أمام الفتيات بأن يتزوجن عرفيا دون خوف من شئ طالما أنهن يستطعن بموجب هذه الفقرة أن يحصلن علي حريتهن وأن يرفعن دعوى طلاق إرتكانا إلي ثبوت زواجهن بهذه الورقة العرفية ٠

وفي هذا ما فيه من مضار ومفاسد كثيرة تساعد علي انتشار الزواج العرفي الذي تشجع عليه هذه المادة التي شابها القصور والعوار ٠

دون أن يوضح لنا المشرع في صلب المادة ولا في المذكرة التفسيرية له في هذا القانون ما هو المقصود بالزواج الثابت بأية كتابة ؟

وما هي مدي مشروعيته ؟ وما هي الأركان والشروط والضوابط الشرعية الصحيحة لهذا الزواج العرفي الثابت بأية كتابة ؟ طالما أنه أباح وأجاز رفع دعوى التطليق الثابت بموجب تلك الورقة العرفية الثابتة بأية كتابة ٠

المبحث الثالث

حكم الزواج العرفي

لم يكن الزواج الموثق موجودا ولا معروفا لدي الفقهاء القدامي ، إذ كانت الضمائر سليمة والإيمان عامر في القلوب ٠

ولم يكن الناس في حاجة إلي توثيق عقود زواجهم ، وبالتالي لم تكن هناك مشكلة بخصوص هذا الموضوع ٠

ولكن نلاحظ اختلاف الأمر في هذا العصر الحديث حين خربت الضمائر وفسدت الذمم فاتجه ولاة الأمر في مصر إلي إصدار القوانين اللازمة نحو توثيق عقود الزواج حرصا علي مصالح وحقوق الناس ، وذلك علي النحو السابق ذكره تفصيلا بهذا البحث ، ولكن للأسف الشديد لم يلتزم جميع الناس بتوثيق عقود زواجهم لأسباب مختلفة سبق توضيحها ٠

حتي ظهرت فئة من بعض شرائح المجتمع وبين أوساط الشباب يخالفون ولاة الأمر ويلجأون إلي الزواج العرفي الغير موثق ، مما شكل ظاهرة خطيرة في المجتمع ٠ وكان لها من الآثار السلبية ما يكاد يدمر شبابنا وفتياتنا ٠

الأمر الذي استلزم النهوض بهذا البحث المتواضع في محاولة لمعرفة أسباب انتشار هذه الظاهرة ، واقتراح الحلول الممكنة للقضاء عليها مع ابراز آثارها السيئة وأثرها علي أفراد المجتمع كافة ثم التطرق بعد ذلك إلي محاولة معرفة حكم الدين في الزواج العرفي من خلال الآراء العديدة لبعض العلماء المحدثين والجدير بالذكر ومن باب الأمانة العلمية أقول : إن بعض العلماء المحدثين قالوا بجواز الزواج العرفي إذا كان مستكملا لجميع الضوابط والأركان الشرعية من ولي وشهود واشهار واعلان وخلافه دون أن يؤثر في صحته عدم توثيقه ٠

ولكن اتجهت الغالبية العظمي من علماء المسلمين المحدثين إلي تحريم عقد الزواج العرفي تحريما تاما ٠

ومن هؤلاء العلماء الأجلاء : فضيلة الشيخ الجليل محمد متولي الشعراوي رحمه الله وفضيلة الأستاذ الدكتور نصر فريد واصل مفتي جمهورية مصر العربية الأسبق ٠وفضيلة الأستاذ الدكتور محمد نبيل غنايم أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة ٠

وإنني أري أن أورد في هذا البحث المتواضع الرأي الكامل لهؤلاء العلماء الأفاضل في حكم الزواج العرفي وذلك فيما يلي :

أولا : رأي فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي :

الزواج العرفي زنا ٠ ولأن الزواج إذا كان في الخفاء فقد انتهت المسألة لعدم وجود الاشهار والاعلان ، الزواج العرفي حرام ـ حرام ـ حرام ٠ لافتقاده شرط الإعلان والإشهار ٠ (١)

ثانيا : رأي فضيلة الأستاذ الدكتور نصر فريد واصل مفتي الجمهورية الأسبق

يقوم الزواج الشرعي بين الرجل والمرأة من خلال العلاقة التي أحلها الله وبه يتحقق الاستخلاف الشرعي للإنسان الذي أشارت إليه الآية الكريمة الشريفة : { إني جاعل في الأرض خليفة } ٠ والخليفة هو الإنسان الذي هو أحد الكليات الخمس في الإسلام وهي : الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، والإنسان مستخلف وهذا لا يتحقق وجوده ليتحقق هذا المنهج الشرعي إلا من خلال كلية النسل وهي التي تطابق عليها النسب الشرعي الصحيح ٠

والنسب الشرعي لا يتحقق إلا من خلال الزواج الشرعي الصحيح الذي أشارت إليه الآية الكريمة {يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثي وجعلناكم شعوبا

١ـ الزواج العرفي تحت قبة الجامعة ـ ص ٣١

وقبائل لتعارفوا } ٠ (١) ، وقوله تعالي : { ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } ٠ (٢) ، هذه المعاني التي أشارت إليها الآيات لا تتحقق إلا من خلال الزواج المشروع الذي تتوافر أركانه وشروطه الشرعية عند جمهور الفقهاء وهي عندهم تشترط الصيغة التي تتحقق بالإيجاب والقبول والعاقدان وهما الزوج والولي والمعقود عليه وهي الزوجة أو المرأة التي يحل العقد عليها والشهود والإعلان وهذه هي أركان النكاح عند جمهور الفقهاء ٠

والولي : هو والد المرأة التي يعقد عليها الزوج أو جدها عند عدم الأب أو أحد عصباتها من أقربائها مرتبين في التقديم كترتيبهم في الميراث بحيث لا يجوز للأبعد أن يزوج مع وجود الأقرب وقد زاد المالكية أنه يشترط إعلان عقد النكاح وإشهاره بين الناس وهذا لا يتحقق عندهم إلا بدعوة الناس لحضور العقد كما يحدث الآن عند الدعوة لعقد النكاح أو إعلانه بطريق حفل الزفاف وذلك حسب العرف أخذا من الحديث الشريف { أعلنوا النكاح ولو بالدف } ، أي إظهار الفرح بوسيلة تؤدي إلي الإعلان والدعوة إليه وأي زواج يتم ولم تتحقق فيه هذه الأركان يكون زواجا غير شرعيا وبالتالي لا يحقق آثاره الشرعية من ناحية الحقوق والواجبات بالنسبة للطرفين ٠خاصة في المحافظة علي النسل والنسب وسائر الحقوق الأخرى الشخصية وغير الشخصية ، إن الزواج الذي يتم تحت مسمي الزواج العرفي اعتمادا علي الإيجاب والقبول بين رجل وإمرأة أو شاب وفتاة بالغة واثنين من الشهود فقط مع الإشارة إلي أن المهر واجب بذاته وليس شرطا في العقد بمعني أن اخلاء العقد من المهر لا يبطله ٠

١- سورة الحجرات آية رقم ١٣

٢- سورة الروم آية رقم ٢١

ولكن يذكر بالمثل والمهر فرض وحق مالي ثابت في النكاح وهو ضروري في إثباته وليس بركن فيه ويشترط ألا ينص في العقد علي أن يكون الزواج بدون مهر لأن المهر هو الذي يفرق بين السفاح وبين الزواج ، وإعتماد الزواج العرفي القائم هذه الأيام علي المذهب الحنفي يعطي المرأة الحق في الزواج وحدها إذا كانت بالغة عاقلة قياسا علي عقود البيع والشراء ، وإنما عقد الزواج تعود إليها من خلاله مصلحتها مباشرة ، هذا لم يقل به جمهور الفقهاء لأنهم جعلوا الولي شرطا في صحة النكاح بشروطه ٠ (١)

وهو أن يكون الزواج بعبارة الرجل ولا يصح بعبارة المرأة هو القول الراجح الذي يؤيده الدليل ، وخاصة في هذا الزمن الذي فسدت فيه الذمم وأنكرت الحقوق المالية وغير المالية ، والحقوق المتعلقة بالنسب والنسل بين الناس التي هي من أهم العلاقات التي رعاها الإسلام وحافظ عليها وجعلها ميثاقا غليظا ولذلك وجب عليه الإشهاد والإشهار ، وإنه وإن كان جمهور الفقهاء قد اكتفوا بالشهادة وحدها كسبب من أسباب الإشهار وإعلان النكاح بشرط عدم إتفاق الشهود علي الكتمان لأن الشهادة وحدها سوف تذاع بين الناس ما دامت أعادت أصحاب الحق الأصلي كما هو المعتاد بين الناس ، إلا أنه نظرا لإحتمال سفر الشهود أو موتهم أو موت أحدهم أو التأثير عليهم لعدم إعلانها بين الناس لأي سبب من الأسباب الشخصية وهذا ما يترتب عليه ضرر سواء كان الزوج أو الزوجة أو الذرية أو حقوق الأولاد ٠

ولهذا إشترط الإمام مالك إعلان النكاح وإذاعته بين الناس إعتمادا علي عمل أهل المدينة وإعتبره عقد النكاح في نظره بل لابد من الإعلان والإشهار عنه بكل الوسائل التي تؤدي إلي ذلك ، كما أن الشهادة عند الإمام مالك شرط في

١- راجع شروط الولي في الباب الثاني من هذا البحث

صحة الدخول فقط بمعني أنه أشهد علي الدخول بين الزوج وزوجته لإثبات الحقوق الخاصة ، ولهذا جاءت بعض القوانين التي تنظم هذه الأمور ومنها قانون الأحوال الشخصية المعمول به حاليا في جمهورية مصر العربية بحيث اشترط لإثبات الحقوق الزوجية إصدار وثيقة رسمية لدي الموثق المختص وهو ما يعرف بالمأذون الشرعي أو بالشهر العقاري بالنسبة للأجانب ٠

هذا القانون لاتسمع الدعوي عند الإنكار إلا إذا وجدت وثيقة زواج رسمية من خلال الموثق المختص ولكنه أجاز فقط ما يتعلق بدعوى إثبات النسب وبكل طرق الإثبات ولو كان بورقة عرفية من أجل إثبات هذا النسب وقد إعتمد البعض علي مذهب الأحناف في التحايل علي هذا القانون قانون الأحوال الشخصية ، وتمت زيجات بطريقة عرفية إعتمادا علي أن العقد العرفي هو عقد شرعي وإن كان غير موثق أو غير قانوني ، وقد كان ذلك في الأزمنة أو الأوقات التي تحققت فيها الأمانة بين الناس ولم تضع الأنساب والحقوق الزوجية فيما بينهم في مثل هذه العقود حيث كانت لا تنكر ويتم الإشهاد عليها عند طلب الشهادة ، إلا أن الأمر الآن قد تغير بعد أن ضعفت النفوس وقل الوازع الديني لدي غالبية الناس وظهر كثير من المفاسد فيما يتعلق بإنكار الحقوق وإنكار النسب وإفتئات علي كثيرمن الناس وخاصة بين الشباب ٠

لذلك أصبح الزواج العرفي إعتمادا علي ما هو منسوب لمذهب الإمام أبي حنيفة غير مشروع الآن بناء علي قول جمهور الفقهاء لأن التشريع الإسلامي إنما جاء لصالح الناس بما يوافق الزمان والمكان ٠

ولهذا فإن دار الإفتاء المصرية قد أصدرت فتوى بحرمة هذا الزواج الذي يقوم بغير تحقيق أركانه وشروطه الشرعية التي قال بها جمهور الفقهاء ومنها الولي وهو والد الزوجة أوأحد عصباتها والإعلان والإشهار بين الناس ٠

لذلك أقترح أن يجرم الزواج المخالف للشروط الشرعية التي أشرنا إليها بمعني أن العقد إذا لم يوثق لذي مأذون مختص ولم تتوفر فيه الشروط الشرعية إذا إقتضت الضرورة أو أي ظروف إجتماعية لعدم توثيقه رسميا ٠

وتكون عقوبة التجريم هذه للسلطة المختصة ، وأن تكون العقوبة تعزيرية بما يحقق الهدف من مشروعية الزواج الصحيح في نظر الشرع ٠ (١)

ثانيا :رأي الأستاذ الدكتور محمد نبيل غنايم أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة :

الزواج العرفي تحطيم لكل القيم الإسلامية ومكارم الأخلاق التي جاء الإسلام لإتمامها وتحقيقها والتي هي جوهر رسالته كما قال النبي صلي الله عليه وسلم : { إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق } ٠ فالزواج العرفي مجموعة من كبائر الإثم والفواحش ولبيان ذلك كما يلي :

١- بعد أن ثبت بطلانه يكون فاعله زانيا :

ومعلوم أن الزنا من اكبر الفواحش قال تعالي : { ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا } ٠ (٢) وقال تعالي { الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين } ٠ (٣) ويتجدد هذا الإثم في كل لقاء لقول النبي صلي الله عليه وسلم : " لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن " فيخرجه ذلك عن حظيرة الإيمان وكفي بذلك إثما ٠ (٤)

١- فتوي لفضيلة مفتي مصر الاسبق الاستاذ الدكتور نصر فريد واصل منشورة بمجلة منبر الإسلام عدد صفر سنة ١٤١٨ هجرية ص ٩٢

٢- سورة الإسراء آية رقم ٣٢

٣- سورة النور آية رقم ٢

٤- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح- حديث رقم ١٩٣١ ج ٢ ص ٥١٦

٢- وهو عقوق للوالدين :

لأنه خروج علي رغبتهما ونكران لحقهما وانتهاك لحرمتهما فكل من الأب والأم قدم لابنه وإبنته خلاصة جهده وثمرة حياته وكفاحه وظل يمني نفسه بالولد الذي يكبر فيه هؤلاء الابناء ليسعد بهم ويفرح بزواجهم ويستريح علي أيديهم ٠ فإذا بهم يحطمون آماله وينتهكون حرماته ويبادلونه البر بالعقوق والإحسان بالإيذاء فأي عقوق أكبر من مفاجأة الابن أو البنت لوالديهما بالزواج العرفي ؟ ألا يمكن أن يصيب ذلك الخبر الوالدين بالسكتة القلبية أو الشلل ؟ وهل يبقي لهذين الوالدين من منزلة بين الناس بعد تلويث شرفهما وعرضهما بهذا الزواج أي عقوق أكبر من هذا ؟ إذا كانت كلمة " أف " التي تصدر لأهون الأمور كالحر والبرد إذا قيلت للوالدين كانت عقوقا !، فكم يكون حجم العقوق بهذا الزواج العرفي ؟ ونحن نعلم أن عقوق الوالدين من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله

٣- وهو كذب وافتراء :

إن الإسلام دين الصدق والوضوح والإعلان والزواج العرفي كذب فلو سألت الرجل أو المرأة لأنكر كل منهما معرفته بالآخر ولو سألت الزوجة زوجها لأنكر وتظاهر ببراءته من ذلك وهذه جريمة وآية من آيات المنافقين وخصالهم

٤- وهو خيانة للأمانة :

لأن العرض أمانة ومسئولية وشرف لا تتعلق بالبنت أو الولد فقط ولكنها تمس الأسرة كلها والمحافظة عليها من الكليات والضروريات الخمس التي قررها الإسلام والزواج العرفي يضرب بكل ذلك عرض الحائط فلا البنت تعبأ بشرفها ولا شرف أهلها ولا الولد يراعي ذلك في نفسه أو في من يرتبط بها من وراء أهلها وأهله وهذه خيانة والخيانة من صفات المنافقين "إذا أؤتمن خان " وأي خيانة أكبر من تلويث العرض وتدنيس الشرف والخروج علي القيم والمبادئ الإسلامية ٠

٥- وهو معصية لأولي الأمر وخروج علي طاعتهم :

حيث طاعتهم واجبة في قوله تعالي : { أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم} وما دام ولي الأمر قد أمر بوثيقة الزواج حرصا علي الحقوق وحماية لجميع الأطراف وصيانة للذمم التي دب الخراب إلي كثير منها فكيف يتم زواج دون هذه الوثيقة الشرعية التي ليس فيها إلا إحقاق الحقوق لأصحابها وصيانتها من الجحود والإنكار إن الزواج العرفي يضرب بهذه الوثيقة عرض الحائط فيضيف إلي الكبائر السابقة كبيرة أخرى ، **فإذا أضفنا إلي ما سبق أن الزواج العرفي كثيرا ما يفشل** :لأن ما قام علي باطل فمآله الباطل فتضيع مع ذلك حقوق شرعية كبيرة فماذا لو نتج عن هذه العلاقة أبناء وبنات ثم التقى هؤلاء الأبناء والبنات بأخوانهم أو أخواتهم من الأب العرفي وهم لا يعلمون فتزوج بعضهم البعض أليس في هذا تزاوج بين المحارم وهذا كبيرة أخري وأين ميراث هؤلاء الأبناء والبنات من هذا الأب العرفي صاحب الثروة الطائلة مثلا أليس في ذلك تضييع في الحقوق وإنتهاك لحدود الله ، وإذا أضفنا إلي ذلك سؤال لمن إستحله أو يقول بجوازه :هل ترضاه لإبنك ؟أو هل تقبله لإبنتك ؟ هل إذا جاء إبنك أو بنتك وأخبرك بأنه تزوج أو أنها تزوجت بهذه الطريقة هل ستقبله أو تؤيده أو ترفضه وتنكره ؟ لا شك أن أي أب أو أم سيرفض ذلك وينكره **وإذا راجع كل من فعل ذلك نفسه** : كما يحدث من بعضهم ممن يتصلون بالهاتف يسألون فسوف يتراجع عما فعل فيندم علي ما إقترف ، ومن مجموع ما تقدم يتبين لنا ما قلناه أولا أن الزواج العرفي جريمة من الجرائم ومجموعة من الكبائر بعضها أكبر من بعض فكيف يجرؤ عليه عاقل أو مسلم وكيف تستقيم العلاقات الإجتماعية بين رجل وإمرأة خرج كل منهما علي حقوق الوالدين وإرتكب كل منهما في حقهما ذلك العقوق لن يكون بينهم إلا القطيعة وتلك كبائر أخرى نعوذ بالله منها والله يقول الحق وهو يهدي السبيل •

الـفـصـل الـرابـع

طرق إثبات النسب في الزواج الشرعي الصحيح وفي الزواج العرفي وشروط ثبوت النسب والزواج الفاسد وابن الزنا وهل يثبت بهما النسب من عدمه

الـمـبـحـث الأول

طـرق إثـبـات الـنـسـب في الزواج الشرعي الصحيح وفي الزواج العرفي

ذكرت من قبل أنه من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية وعلي ماأجمع عليه الفقهاء أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة مثل العقد الفاسد أو الوطء بشبهة ٠

والنسب يثبت في الفقه الإسلامي بإحدى طرق ثلاث هي :

أولا : الفراش

ثانيا : الإقرار

ثالثا : البينة

وذلك مع مراعاة أن الفراش ليس طريقا من طرق إثبات النسب فحسب بل يعتبر سببا منشئا له ، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان للنسب ٠

ولكي يستقيم لنا المعني سأتكلم بإيجازعن كل طريقة من هذه الطرق الثلاث وذلك حتي نستطيع الحكم من خلا لها علي مدي جواز ثبوت النسب الناتج عن الزواج العرفي :

أولا : إثبات النسب بالفراش :

المقصود بالفراش في الفقه الإسلامي هو :

الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة وتقوم الزوجية بتمام العقد الصحيح وبمعني آخر من لحظة كون الزواج صحيحا ، ويلحق بالفراش أيضا الدخول في عقد الزواج الفاسد و الوطء بشبهة عند الحنفية فإذا ولدت المرأة لمدة لا تقل عن ستة أشهر بعد زواجها زواجا شرعيا صحيحا ثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلي إقرار أو بينة وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : { الولد للفراش وللعاهر الحجر } ٠ (١)

ويرجع السبب في ذلك إلي أن : المرأة مقصورة علي زوجها فقط لا غيرفلا يصح أن يكون حملها من غير زوجها علي إعتبار أن الأصل في الإنسان العفة وحملا للناس علي الصلاح ٠

وعلي ذلك فإنه إذا ما تم عقد الزواج وكان زواجا صحيحا متفقا علي صحته فإنه يقوم به الفراش بين الزوجين ويكون سببا من أسباب ثبوت النسب ٠

بمعني أن أي ولد يولد بينهما علي هذا الفراش يكون ثابت النسب لأبيه من غير حاجة إلي ثبوت شئ أخر معه مع مراعاة أن الفراش ليس طريقا من طرق إثبات النسب فحسب بل يعتبر سببا منشأ له أيضا وذلك للحديث المتقدم :

{ الولد للفراش } ، مع إمكان إلتقاء الزوجين بعد العقد الصحيح ٠

ثانيا : إثبات النسب بالإقرار :

المقصود بالإقرار شرعا : هو الإخبار بثبوت حق للغير علي نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه ٠

وبذلك يخرج منه ما يدعيه الخصم من حق له علي الغير فهذا لا يعد إقرارا

والإقرار بالنسب هو أن يقر شخص بأبوته لشخص آخر مجهول النسب ٠

١- نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ - كتاب اللعان - باب الولد للفراش دون الزاني

وكما يصح أن يكون الإقرار بالبنوة يصح أيضا الإقرار بالأبوة والأمومة وذلك مثل أن يقول المقر هذا أبي وهذه أمي ، ومثل أن يقول المقر :هذا إبني من فلانة أو تقول المقرة : هذا إبني من فلان ٠

ويختلف الإقرار عن الفراش في أن الفراش يعتبر سببا منشأ للنسب أما الإقرار فهو أمر كاشف له و يثبت به النسب بشروطه ٠

ثالثا : ثبوت النسب بالبينة :

المقصود بالبينة : هي الشهادة وهي مقررة شرعا بقول الحق سبحانه وتعالي : {واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى } ٠ (١)

ويتضح من هذه الآية الشريفة : أن نصاب الشهادة هو رجلان أو رجل وإمرأتان ، فالبينة : هي أحد طرق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية بعد الفراش والإقرار ولكن الفرق بينها وبين الفراش أن الفراش يعتبر سببا منشئا للنسب أما البينة فهي أمر كاشف لهذا النسب مثلها مثل الإقرار ، غير أنها تختلف عن الإقرار في أنها تعتبر حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها علي المقر فقط بل يثبت عليه وعلي غيره ٠

فالبينة إذا :هي شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرإتين عدول فالشهادة في هذا المعني هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق لغيره علي الآخر ولأنها خبر فإنها تحتمل الصدق والكذب ، ولكن يقوي احتمال الصدق علي احتمال الكذب فيها وذلك لأن الشاهد ليس له مصلحة فيها وهو عدل فلذلك يترجح جانب صدقه علي كذبه ويحدث أحيانا أن تدعي امرأة علي رجل أنها قد ولدت منه في حين أنها لم تكن له فراشا لزوجية صحيحة أو حتى فاسدة ولم يقر

١- سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

الرجل بنسب الإبن له بل أنكر فإنه يكون من حقها في هذه الحالة أن تثبت نسب طفلها هذا إلي ذلك الرجل بالبينة :أي بشهادة الشهود وفي هذه الحالة يكون للمحكمة السلطة التقديرية في قبول هذه الشهادة من عدمه ٠

مدي جواز ثبوت النسب الناتج عن الزواج العرفي

يعتبر النسب أول حق من حقوق الأولاد علي آبائهم وهذا الحق هو للولد وللأب كما يترتب علي هذا الحق حق الأولاد علي آبائهم في التربية ٠

وعلي ذلك فإن ثبوت النسب بصفته أول حق من حقوق الأولاد يعتبر من أهم وأعظم الحقوق التي يجب إثباتها وذلك لما سوف ينبني عليها من حقوق أخري ذلك أن رابطة النسب تعتبر من أهم الحقوق التي تترتب علي عقد الزواج وجعلها الحق سبحانه وتعالي إحدى نعمه الكبرى التي أنعم بها علي عباده ٠

حيث قال سبحانه وتعالي : وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا } ٠ (١) ونهي الحق سبحانه وتعالي عن أن ينسب الأبناء إلي غير آبائهم قال تعالي : { أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله } ٠ (٢)

ولقد حذر النبي صلي الله عليه وسلم الآباء من هذه الجريمة الشنعاء وهذه الفعلة النكراء ونهاهم نهيا قاطعا صريحا لا لبس فيه عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم حيث قال صلي الله عليه وسلم في الحديث الشريف : {أيما رجل أنكر ولده وقد عرفه ـ أي يعلم أنه ولده ـ إحتجب الله منه يوم القيامة وفضحه علي رؤوس الأشهاد } ٠ (٣)

١ـ سورة الفرقان آية رقم ٤٥

٢ـ سورة الأحزاب آية رقم٥ ٢

٣ـ كتاب سنن ابن ماجه ـ حديث رقم ٢٧٤٣ ـ ص ٤٦٦

وأيضا حرمت الشريعة الإسلامية علي النساء أن ينسبن لأزواجهن ما يعلمن أنه ليس منهم :ففي الحديث الشريف الذي رواه أبو هريرة رضي الله تعالي عنه أنه سمع النبي صلي الله عليه وسلم يقول :عندما نزلت آية الملاعنة : {أيما إمرأة ألحقت بقوم من ليس منهم فليست من الله في شئ ولن يدخلها جنته } ٠(١) أيضا نهي الإسلام الأبناء أن ينتسبوا إلي غير آبائهم ففي الحديث الذي رواه البخاري عن سعد وأبي بكرة رضي الله عنهما قالا : سمعنا النبي صلي الله عليه وسلم قال : {من ادعى إلي غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام } ٠ (٢) ، هذا وقد جعل الإسلام رابطة النسب ورابطة الزواج صنوان لا يفترقان فجعلت الشريعة الإسلامية رابطة الزواج سببا لثبوت رابطة النسب ذلك أن العلاقة الزوجية الشرعية الصحيحة هي وحدها سبب حلية إستمتاع المرأة بالرجل والرجل بالمرأة ٠

ونجد أنه في العلاقة الشرعية الصحيحة قد استحلت الفروج مع ما يستلزم ذلك من قصر الزوجة علي زوجها وحقه في الاستمتاع بها وجعلها محرمة علي غيره ، فإذا ما أثمرت هذه العلاقة الشرعية الصحيحة عن ذرية كان حقا نسبتهم إلي الزوج ومن هنا ندرك أهمية أحد أهم الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية الغراء ، وهي أن الولد للفراش ذلك أن النبي صلي الله عليه وسلم في الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم يقول : { الولد للفراش وللعاهر الحجر } ٠ (٣) ، حتى لم يصبح أمام الأم المتزوجة عرفيا بسبب رعونتها

١ـ كتاب سنن ابن ماجه ـ حديث رقم ٢٧٤٣ ـ ص ٤٦٦

٢ـ التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح ـ مختصر صحيح البخاري ـ للإمام العباس أحمد الزبيدي حديث رقم ١٦٧٠ ص ٤٣٧ ـ كتاب المغازي ٠

٣ـ رواه الجماعة إلا أبا داود ٢٨٠ ـ من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ ـ كتاب اللعان ـ باب الولد للفراش دون الزاني ٠

وعدم محافظتها علي شرفها وسمعتها سوي إحدي هذه الطرق :

إما أن تلقي به في قارعة الطريق أو في صناديق القمامة أو تلقي به تحت عتبات المساجد ، وإما أن تلجأ هذه المرأة إلي إقامة دعوى نسب ضد من كان متزوجا بها عرفيا حتى إكتظت بهم قاعات المحاكم ، وأصبح هناك في مصر وحدها ما يزيد علي أربعة عشر ألف قضية متداولة أمام المحاكم أقامتهاأمهات يناضلن من أجل إثبات نسب أبنائهن إلي آبائهن ، والزواج العرفي : من أهم مشكلاته التي تعاني منها المرأة والرجل والمجتمع علي حد سواء هو :

مشكلة إنكار نسب الآباء لأبنائهم وتعاظم ظهور مشكلة كبري تهدد المجتمع بالإنهيار والتفسخ والتحلل وإنعدام القيم ألا وهي مشكلة زيادة عدد الأطفال مجهولي النسب الذين لم يتم الإعتناء بسلوكياتهم وتنشئتهم علي الفضيلة والأخلاق الحميدة فسوف يكونون قنبلة موقوتة تنفجر في وجه المجتمع بأسره وتفرخ للمجتمع بذورا فاسدة منحرفة معدومة القيم والمباديء ، متجردة من ثوب الفضيلة ، مرتدية ثوب الخلاعة والمجون ٠

فإذا ما أخطأت هذه الفتاة وفرطت في شرفها ووضعت سمعتها وسمعة أهلها في موقف مشين وسارت علي درب الفسق والرذيلة وتم التلاقي الجنسي بينها وبين شاب غريب دون عقد زواج صحيح أوشهود أوإشهار ثم تنجب طفلا وتحاول نسبته إلي أبيه الذي تزوجته عرفيا وتنكرلها ولمولودها ، ثم تستصرخ المجتمع وتطلب منه أن يدافع عن زناها وتفريطها في شرفها وغمسها لكرامتها في الوحل والتراب وتطلب نسبة هذا الولد إلي أبيه ، فإن هذا غير جائز شرعا لأنه لا ينبغي أن يتساوى ابن الزانية مع الإبن الشرعي والرسول صلي الله عليه وسلم يقول : { الولد للفراش وللعاهر الحجر } ٠ (١)

١ـ رواه الجماعة إلا أبا داود ـ من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ ـ كتاب اللعان ـ باب الولد للفراش دون الزاني ٠

لأن هذا الطفل يعتبر في هذه الحالة إبن لهذه الزانية فالشريعة الإسلامية لا تنسب طفلا إلي رجل إلا إذا كان ناتجا عن زواج شرعي صحيح ، أو وطء بشبهة ، أو الدخول في عقد زواج فاسد عند الحنفية ، وذلك للمحافظة علي كيان المجتمع من الإنحلال وشيوع الفساد الأخلاقي .

وإنه من الأحكام الشرعية المؤكدة التي لا يجوز بأي حال من الأحوال التحايل عليها هو أمر النسب ولا يتوقف الأمر عند الشريعة الإسلامية فقط بل يمتد الأمر للشرائع السماوية الأخرى .

ففي العلاقات المحرمة عندما يثبت الزنا لا ينسب الطفل للزاني بل ينسب لأمه فمهما بلغت المحاولات لإقناع الناس أن الطفل مظلوم وليس له ذنب ومن الممكن أن ينسب للزاني مادام إعترف به أو شهد الشهود أنه كان علي علاقة غير شرعية بأمه . فإننا نقول لهم : إن الذي ظلمه هما الوالدان وبخاصة أمه وعلي المرأة أن تتحمل وحدها هذا العبء وهو نسب الإبن لها ما دامت قد رضيت أن تقيم علاقة في الحرام . لأن إبن الفاحشة لا ينسب إلي الأب .

ولقد جعل الله للمرأة حصنا منيعا بقواعد شرعية محكمة ، وهي إشتراط الولي وإعلان النكاح عن طريق الشهود والإشهار لكي تظل المرأة محصنة وللمحافظة علي كيان الأسرة والمجتمع معا .

إن الزواج العرفي عادة ما يقوم علي السرية والكتمان ويكون الهدف منه هو تحقيق المتعة وإشباع الغريزة بين طرفيه .

وليس تحقيق مقاصد الشرع بتكوين أسرة وتنشئة أبناء ولذلك فإنه عندما يثمر هذا الزواج عن طفل يشعر كل من الرجل والمرأة أنه قد إبتعد عن هدفه المخطط له . فيبادر الرجل بنفي نسب الطفل إليه وذلك لأن وجوده قد يعني في الواقع تكوين أسرة حقيقية وإن من يتزوج عرفيا لا يريد هذا علي الإطلاق أما الزوجة أو المرأة التي تزوجت عرفيا فتبادر وحدها بتحمل مسئولية إثبات

نسب مولودها إلي زوجها أو عشيقها الذي يبادر بإنكار زواجه منها من الأصل فتضطر للخلاص من هذه الورطة إما بإلقاء هذا الطفل في الشارع وإما باللجوء إلي القضاء لإثبات نسب هذا الطفل إلي زوجها أو عشيقها علي أساس أن هذا الطفل قد جاء ثمرة زواج عرفي نشأ بينهما •

وفي الحقيقة تجدر الإشارة إلي أنه لكي يتحقق ثبوت النسب بالفراش فيجب أن يكون هناك عقد صحيح موجود ومبرم بين الزوجين •

ومن المقرر أنه حسب القاعدة الشرعية المعمول بها في إثبات النسب فإنه إذا تمت المطالبة بإثبات النسب إستنادا إلي عقد زواج صحيح فيجب للحكم بثبوت هذا النسب أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه •

أما ونحن بصدد الحديث عن إثبات النسب الناجم عن الزواج العرفي فيجب علينا أن نقرر :

أنه يجب علي الزوجة أن تلجأ أولا إلي إثبات هذا الزواج العرفي لتثبت أمام القضاء وجود علاقة زوجية صحيحة ، ثم بعد ذلك تقوم بإثبات هذا النسب الذي تدعيه بالطرق والشروط المقررة شرعا •

وهذا ما سوف أتناول الحديث عنه في المبحث التالي مباشرة بمشيئة الله تعالي

المبحث الثاني

شروط ثبوت النسب

بيان وتعريف :

النسب حق من الحقوق الشرعية المقررة في فقه الشريعة الإسلامية والتي لا يصح للزوجين مطلقا أن يتفقا عند عقد الزواج علي نفيه وهو ليس حقا خالصا لله تعالي بل هو مشترك بين الله سبحانه وتعالي وأطراف النسب وهم الأب والأم والولد ، فأما كونه حقا لله تعالي : فذلك لأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع المسلم لتضمنه حرمات حرمها الحق سبحانه وتعالي حفاظا علي الأنساب من الإختلاط وذلك مثل حرمة المرأة وحرمة الأمومة وحرمة الأبوة •

ولكي تتحقق حرمة المرأة كما أوجبها الله سبحانه وتعالي فإنه لا يجوز معاشرتها ومخالطتها إلا عن طريق الزوجية الصحيحة والتي يترتب عليها ألا ينسب الولد إلا لمن خالطها وعاشرها علي فراش الزوجية الصحيحة وذلك لقول النبي صلي الله عليه وسلم : { الولد للفراش وللعاهر الحجر } • (١)

وأما كونه حقا للأم : فإنه من حقها أن تعمل علي الحفاظ علي حق ولدها من الضياع كما من حقها أن تدفع تهمة الزنا عن نفسها وذلك بإختصام أبيه لتثبت نسب إبنها منه •

وأما كونه حقا للأب : فإنه بسبب أنه إذا ثبت نسب الولد منه ترتبت عليه تجاه الولد حقوق مثل حق ضم الولد إليه عند بلوغه السن القانونية التي تنتهي بها حضانة النساء له وكذلك يرثه إذا مات هذا الولد قبله •

١- رواه الجماعة إلا أبا داود - من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ - كتاب اللعان - باب الولد للفراش دون الزاني •

وأما كونه حقا للولد : فإن الولد يكون في هذه الحالة محتاجا إلي أن ينفي العار عن نفسه إذا نظر إليه علي أنه ولد زنا وبثبوت نسب الولد لأبيه تترتب له حقوق علي أبيه إذا ما ثبت نسبه إليه مثل حقه في أن ينفق عليه وحقه في أن يرث أباه إذا توفي إلي غير ذلك من الحقوق التي قررتها له الشريعة مثل حق الرضاع وحق الحضانة وغيرها ، ولقد كان النسب في الجاهلية قبل الإسلام يبني علي : الفراش ، والولادة ، والإدعاء ، أوالتبني : يولد الولد علي فراش الزوجية فينسب إلي صاحبه ، ويولد الولد من سفاح فيدعيه رجل ويقول لقد أصبت أمه وهو يشبهني فيكون له وينسب إليه ، ويولد الولد لأبيه فيتبناه رجل أجنبي ويستلحقه فيكون له وينسب إليه ويكون لديه كالإبن النسبي علي السواء وغيرهذا صور وأوضاع توارثوها وأقاموا عليها حتي جاء الإسلام وسار في علاج هذا الأمر حتي إذا ماصلحت النفوس قضي فحسم وحكم فقطع ، جاري الأوضاع وسايرها زمنا ثم قضي علي التبني وأبطل حكمه فقال الله تعالي :

{أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله } ٠ (١) وأبطل أن يكون الزنا طريقا لثبوت النسب فقال النبي صلي الله عليه وسلم :الولد للفراش وللعاهر الحجر ٠ والشارع الإسلامي يتشوف إلي ثبوت الولد حتي لا يضيع ويتعرض للضرر وحتي لا يصاب المجتمع بالضرر إذا فسد الولد ٠ (٢)

وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية شروطا لا يثبت النسب إلا بموجبها وسوف أتحدث عنها بشئ من التفصيل فيما يلي :

شـــروط ثـــبـــوت الـــنـــســـب :

الشرط الأول :

وجود عقد زواج شرعي صحيح أو ما يلحق به من المخالطة بناء علي عقد

١- سورة الأحزاب من الآية رقم ٥

٢- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٣١٣

فاسد أو وطء بشبهه وذلك مع تحقق إمكانية تلاقي الزوجين بعد العقد ومعني ذلك هو أنه يشترط لثبوت النسب أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه حتى يمكن الإعتداد بثبوت النسب سواء كان هذا الإثبات بطريق الفراش أو بالإقرار أو بالبينة .

إذن فالزواج الصحيح : هو الشرط الأول لثبوت النسب وذلك لما ثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت : { اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال سعد :يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه إبنه انظر إلي شبهه وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يا رسول الله (صلي الله عليه وسلم) ولد علي فراش أبي فنظر رسول الله صلي الله عليه وسلم إلي شبهه فرأي شبها بينا بعتبة فقال :

"هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة قال :فلم ير سودة قط .رواه الجماعة إلا الترمذي وفي رواية أبي داود ورواية البخاري " هو أخوك يا عبد " . (١)

فهذا الحكم النبوي الشريف أصل في ثبوت النسب بالفراش ، ويفهم منه أنه : إذا تزوج رجل زواجا صحيحا ترتب علي هذا الزواج أن : من يجئ من الأولاد ثمرة له ، يلتحق نسبه من غير حاجة إلي إعترافه إعترافا صحيحا .(٢)

ومن متممات هذا الشرط : هو شرط إمكانية التلاقي بين الزوجين وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية علي أنه :إن كان التلاقي بين الزوجين هو أحد شروط النسب للفراش غير أنهم إختلفوا حول مدلول هذا الإمكان بآراء أعرض إليها بشئ من الإيجاز فيما يلي :

١- رواه الجماعة إلا الترمذي من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ كتاب اللعان - باب الولد للفراش دون الزاني .

٢- الدكتور محمد علي محجوب نظام الأسرة وأحكامها في الشريعة والقانون ج ٢ ص ١٢٣

أولا : مذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه :

يري أبو حنيفة أنه يكتفي بثبوت النسب في عقد الزواج الصحيح دون إشتراط ثبوت إتصال الزوجين وتلاقيهما ما دامت مظنة الإتصال بينهما قائمة وكان إلتقائهما مما يمكن تقبله عقلا فإن الولد الذي تضعه الزوجة في هذه الحالة ينسب لزوجها وقد ذهب الحنفية مذهبا بعيدا في مسألة تصور إمكانية إلتقاء الزوجين وقالوا بثبوت نسب ولد المغربية من زوجها المشرقي إذا كان كلا منهما في مكانه والمسافة بينهما لا يمكن معها الإتصال ٠

ثانيا : مذهب جمهور الفقهاء :

ذهب جمهور الفقهاء إلي أنه لا يكفي لتحقيق الفراش وجود العقد الصحيح بل يجب إمكان التلاقي بين الزوجين وأن يكون ممكنا في العادة فلا يكفي مجرد تصور الإمكان العقلي لأن الإمكان العقلي نادر الحدوث والأحكام الشرعية معلوم أنها تنبني علي الكثير الغالب وليس علي القليل النادر ٠

وعلي هذا نجد أن جمهور الفقهاء قد قرروا أنه لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد الزواج الصحيح طالما لم يثبت إمكانية التلاقي الفعلي أو الحسي بينهما

مقارنة بين الرأيين وتعليق :

توسع مذهب الحنفية : في تقرير ثبوت النسب لأنهم قالوا بثبوت نسب الولد للزوج في النكاح الصحيح وعدم إنتفائه عنه إلا باللعان سواء أكان هذا الزوج قد إتصل بزوجته أم لا ٠

وقد كانت المحاكم المصرية حتى قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تأخذ بالمذهب الحنفي الذي يعترف بثبوت النسب بمجرد العقد دون إشتراط التلاقي بين الزوجين عادة إكتفاء بإمكان تلاقيهما عقلا علي إعتبار أن هذا يحقق فائدتين :الأولي أنه يستر علي الأعراض والثانية أنه يحافظ علي الأولاد ويصونهم من الضياع ، غير أن مذهب الحنفية هذا قد أدي تطبيقه إلي أنه فتح

المجال واسعا أمام طائفة كثيرة من النساء الساقطات الفاجرات المتهتكات واللاتي فسدت أخلاقهن كي يأتين بأولاد غير شرعيين وينسبنهم لأزواجهم ٠ ومن هنا يعلم أن تطبيق المذهب الحنفي علي هذه الصورة قد يسفر عن حالات ينسب فيها الأولاد لغير آبائهم الحقيقيين وخاصة في هذا الزمان الذي خربت فيه الذمم وفسدت الضمائر وانتشر الفساد والتحلل والإنحراف بين الكثير من الناس

أما مذهب الجمهور :

فإنه هو الأقرب إلي الواقع وإلي الصواب فهم وإن لم يشترطوا الدخول المحقق فقد إكتفوا بإمكان الدخول عادة لأن الأنساب يحتاط فيها واعتبار مجرد امكان التلاقي والدخول فإنه يناسب هذا الاحتياط ٠

وبناء علي رأي الجمهور :

فإنه إذا كان بالإمكان ثبوت إلتقاء الزوج بزوجته عادة فإنه في هذه الحالة ينسب الولد لأبيه إحتياطا للأنساب ولا ينتفي النسب إلا باللعان ، هذا ومن الجدير بالذكر الإشارة إلي أن المشرع المصري قد ذهب مذهبا محمودا حين عدل عن الأخذ بالمذهب الحنفي واتجه إلي الأخذ بمذهب الجمهور في مسألة النسب وذلك حيث نصت المادة رقم ١٥من القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٩أحوال شخصية علي أنه "لا تسمع عند الإنكار دعوي النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ٠٠٠ " ٠

الشرط الثاني :

إمكانية حمل الزوجة من زوجها وذلك بأن يكون الزوج بالغا أو مراهقا قريبا من سن البلوغ ٠وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن المراهق إذا كان ذكرا هو من بلغ إثنتي عشرة سنة ٠ (١)

١- فتوي لدار الإفتاء المصرية صادرة بتاريخ ٢٠ / ٦ / ١٩٤٠

فإن كان الزوج صغيرا أو عقيما أو عنده أي مانع من موانع الإلتقاء الجنسي فلا تعتبر الزوجية فراشا تحمل منه زوجته ولا يثبت بموجبه النسب ، ذلك لأن العقم وما شابهه أو الصغر وعدم البلوغ من جانب الزوج يعتبر قرينة دامغة وقاطعة علي أن هذا الحمل الذي حملت به الزوجة ليس من الزوج ، والجدير بالذكر أن الصبي غير البالغ لا يمكن أن يكون الإتصال الجنسي منه وبالتالي فإن الإتصال الجنسي معه لا يكون موجبا للحمل لعدم إمكانية الإنزال المنوي الذي يتحقق به الحمل ، ومعني التلاقي هو الإتصال الجنسي من الشخص البالغ أما غير البالغ فلا يتحقق معه الإتصال الجنسي المحقق لهذا الشرط ٠

الشرط الثالث :

مضي أقل مدة للحمل :

إتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء علي أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالي {ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا } ٠ (١) وقوله في آية أخري : {وفصاله في عامين } (٢) ، وفي آية ثالثة : {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة } ٠ (٣) فقد حددت الآية الأولي للحمل والفصال ثلاثين شهرا وحددت الآيتان الثانية والثالثة للرضاعة وحدها وهي الفصال عامين "أربعة وعشرين شهرا " فيبقي للحمل من مجموع المدتين ستة أشهر وهي أقل مدة يمكن أن يتكون فيها الجنين وتتميز أعضاؤه ويولد بعدها حيا حياة مستقرة ٠ (٤)

١- سورة الأحقاف آية رقم ١٥

٢- سورة لقمان آية رقم ١٤

٣- سورة البقرة آية رقم ٢٣٣

٤- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٣١٤

ذن يفهم من جماع كل ما سبق أنه يشترط للإعتداد بالنسب مضي أقل مدة لحمل ، وقد أجمع الفقهاء علي أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر قمرية علي لنحو الموضح آنفا ، وتحتسب من تاريخ العقد بالنسبة للزواج الشرعي الصحيح ومن وقت الدخول بالنسبة للزواج الفاسد والوطء بشبهة .

فإذا ما جاءت المرأة بولد لأقل من ستة أشهر فإن هذا دليل قاطع ودامغ علي أن هذا الحمل هو سابق علي النكاح فلا يكون هذا الحمل من الزوج في هذه الحالة وأساس ذلك بالنسبة لإحتساب مدة الستة شهور وأنها هي أقل مدة للحمل بالإضافة للآيات الكريمة السالفة الذكر هو :

ما ورد عن معمربن عبد الله الجهني : قال : تزوج رجل منا إمرأة من جهينة فولدت لتمام ستة أشهر فإنطلق زوجها إلي عثمان بن عفان رضي الله عنه فذكر ذلك له فبعث إليها عثمان فلما قامت لتلبس ثيابها بكت أختها فقالت ما يبكيكي ؟ فوالله ما إلتبس بي أحد من خلق الله تعالي غيره قط فيقضي الله سبحانه وتعالي فيّ ما شاء فلما أتي بها عثمان أمر برجمها ، فبلغ ذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأتاه عليا فقال له : ما تصنع ؟ قال : ولدت تماما لستة أشهر وهل يكون ذلك ؟ فقال له علي رضي الله عنه :أما تقرأ القرآن ؟ قال : بلي قال علي رضي الله عنه : أما سمعت الله عز وجل يقول : {وحمله وفصاله ثلاثون شهرا } . (١) وقال : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين .. } (٢) فلم نجده بقي إلا ستة أشهر فقال عثمان رضي الله عنه : والله ما فطنت لهذا عليّ بالمرأة فوجدوها قد فرغ منها } أي رجمت . (٣)

١- سورة الأحقاف من الآية رقم ١٥

٢- سورة البقرة من الآية رقم ٢٣٣

٣- تفسير القرآن الكريم للإمام الحافظ ابن كثير ج ٤ ص ١٦٠ .

فمن هنا إستدل الفقهاء وأجمعوا علي أن أقل مدة حمل للمرأة هي ستة أشهر فهذه المدة كافية لإحتياج الجنين كي يتكون ويولد حيا .

الشرط الرابع :

أن تلد المرأة خلال أقصي مدة للحمل :

يشترط لثبوت النسب أن تلد المرأة خلال أقصي مدة للحمل اذا كانت مطلقة بائنا أو متوفي عنها زوجها وقد اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا في تحديد هذه المدة التي تعتبر أقصي مدة لحمل المرأة :

فذهب الظاهرية :إلي أنها تسعة أشهر حكاه بن حزم في المحلي ونسبه إلي عمر رضي الله عنه إستنادا إلي الواقع المشاهد والمستقر علي مدي السنين والأعوام .

وذهب محمد بن الحكم من فقهاء المالكية : إلي أنها سنة قمرية .

وذهب الحنفية : إلي أنها سنتان ، وذهب الليث بن سعد :إلي أنها ثلاث سنين

وذهب الشافعية : إلي أنها أربع سنين وهو رأي للحنابلة والمالكية .

ومن ذهب إلي أن أقصي مدة الحمل أكثر من سنتين قد بنوا آراءهم علي حوادث فردية وهي حوادث إن صحت لا عموم لها وهي نادرة فلا يمكن أن تتخذ أساسا تبني عليه الأحكام .

أما الحنفية فاستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها إذ قالت :لا يبقي الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بلحظة .

ويقول الحنفية إن هذا الحديث وإن لم يرفع إلي النبي صلي الله عليه وسلم إلا أن مثل هذا الأمر لا يعرف بالرأي فدل ذلك علي أن السيدة عائشة رضي الله عنها إنما قالت ذلك سماعا من رسول الله صلي الله عليه وسلم فكان حجة .

وكان العمل في المحاكم المصرية :يجري علي مقتضي مذهب الحنفية وهو إعتبار أن أقصي مدة الحمل سنتان وابتناء الأحكام علي هذا التقدير .

ثم جاء القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وقضي باعتبار أقصي مدة الحمل سنة ميلادية وبعدم سماع دعوى النسب في حالات غيبة الزوج ، أو وفاته ، أو طلاق الزوجة إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت غيبة الزوج أو وقت الطلاق أو الوفاة إذ نصت المادة الخامسة عشرة علي أنه : "لا تسمع عند الإنكار دعوي النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة " ٠ وجاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة :

أن تقدير السنتين لايستند إلي دليل من كتاب أو سنة صحيحة عن الرسول صلي الله عليه وسلم وقد جر كثيرا من أصحاب الذمم الفاسدة إلي إدعاء نسب أولاد غير شرعيين ولهذا قرر المشرع أن مدة الحمل في جميع الحالات النادرة لا تتجاوز سنة واحدة وهي " ثلاثمائة خمسة وستون يوما " ٠

وهو تقدير سليم روعي فيه أغلب حالات الحمل مع الإحتياط للحالات النادرة التي قد تزيد فيها المدة علي الغالب المعتاد وهو بعد رأي الخبراء المختصين أصحاب البصر والمعرفة في مثل هذا الشأن ولا شك أن قواعد الشريعة تقضي بوجوب الرجوع فيما يشكل من الأمور وليس فيه نص عن الشارع ولا حكم مأخوذ من مصادر التشريع إلي أهل الخبرة والمعرفة ، وقد قدر الظاهرية أقصي مدة الحمل بتسعة أشهر والفقيه المالكي محمد بن عبد الحكم قدرها بسنة قمرية ، وقد نقل عن ابن رشد الفقيه المالكي أنه قال : وهذه المسألة الرجوع فيها إلي العادة والتجربة أولي ٠

وأقول : إن تحديد القانون أقرب إلي رأي ابن الحكم من المالكية مشفوعا برأي الطب الشرعي وهو الراجح لأنه يدفع كثيرا من المفاسد مع فساد الذمم ٠ (١)

١- الدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٣١٥ وما بعدها

المبحث الثالث

أسباب ثبوت النسب

أسباب ثبوت النسب :

سبب ثبوت النسب بالنسبة للمرأة :

هو الولادة : فمتي جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون توقف علي شئ آخر من فراش أو إقرار ، أو إدعاء ، ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح ، أو فاسد ، أو وطء بشبهة أو من زنا وإذا ثبت النسب منها بالولادة كان لازما ولا يمكن نفيه ٠

أما بالنسبة للرجل :

فإن النسب يثبت في حقه بالفراش الصحيح وما ألحق به والمراد بالفراش الصحيح أن تكون المرأة حلالا للرجل بناء علي عقد زواج صحيح ٠

فالزواج الصحيح يثبت به الفراش ويعتبر العقد فيه سببا لثبوت النسب بإتفاق الفقهاء ، متي توافرت الشروط المعتبرة في هذه الحالة ، والمراد بما ألحق بالفراش الصحيح الدخول الحقيقي بناء علي زواج فاسد أو وطء بشبهة ٠

إذن فسبب ثبوت النسب هو العقد في الزواج الصحيح ، ومثله الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد ، أو الوطء بشبهة ٠ (١)

إبن الزنا وهل يثبت به النسب ؟

لقد دعا الإسلام إلي الزواج وحبب فيه لأنه أسلم طريقة لتصريف الغريزة الجنسية وهو الوسيلة المثلي لإخراج سلالة يقوم علي تربيتها الزوجان ويتعهدانها بالرعاية وغرس عواطف الحب والود والطيبة والرحمة والنزاهة

١ـ الدكتورعبد الغفار إبراهيم صالح المرجع السابق ص ٣١٧

والشرف وعزة النفس ولكي تستطيع هذه السلالة أن تنهض بتبعاتها وتسهم بجهودها في ترقية الحياة وإعلائها٠ (١)

ولذلك وضع الإسلام لمن يخالف هذه الأسس القويمة عقوبة الحد علي الزاني سواء أكان محصنا أم غير محصن وحذر الحق سبحانه وتعالي من الزنا أشد تحذير قال تعالي : { ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا } ٠ (٢)

ولعظم جريمة الزنا وقبحها حذرنا الله سبحانه وتعالي منها وقرنها بالشرك الأكبر المخرج من ملة الإسلام وبقتل النفس التي حرم الله بغير حق فقد قال الحق سبحانه وتعالي : {والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا إلا من تاب وآمن وعمل عملا صالحا فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفورا رحيما } ٠ (٣)

وإنه لمن الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش ، وهو الزواج الشرعي الصحيح ، وذلك للحديث الشريف عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه قال : { الولد للفراش وللعاهر الحجر } ٠(١)

وبناء علي ذلك وأخذا بهذه القاعدة أجمع الفقهاء علي أن الزنا لا يثبت به النسيب والمراد بالفراش : هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند إبتداء الحمل وليس عند حصول الولادة ٠إذ الولد للفراش الحقيقي أما الباطل فالوطء فيه زنا ولا يثبت به النسب وعلي ذلك فإن من أقر أنه زنا بإمرأة وأن هذا الولد من

١- فقه السنة للشيخ سيد سابق المجلد الثاني ص ٥٤٨

٢ سورة الإسراء آية رقم ٣٢

٣- سورة الفرقان الآيات رقم ٦٨ و ٦٩ و ٧٠

٤- رواه الجماعة إلا أبا داود - من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ - كتاب اللعان باب الولد للفراش دون الزاني ٠

الزنا وصدقته المرأة فإن النسب لا يثبت للزاني ، وثبوت النسب يتوقف علي الفراش ذلك لأن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة القاطعة وبناء عليه فإن الزنا لا يثبت نسبا ٠أيضا النبي صلي الله عليه وسلم حذرنا من الزنا حيث قال صلي الله عليه وسلم قال : { لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن } ٠ (١)

وعلي ذلك فمن المقررات الهامة في فقه الشريعة الإسلامية أن الزنا لا يعد سببا من أسباب ثبوت النسب حتى لو أقر الزوج أن الولد إبنه من الزنا وفي هذه الحالة يبطل إقراره ولا يثبت بهذا الإقرار النسب ٠

وقانون العقوبات المصري وهو إن لم يكن يطبق حدود الله في جريمة الزنا إلا أنه إلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية في عدم نسبة ولد الزنا إلي أبيه حتي ولو إدعاه ، وذلك إعمالا لقوله صلي الله عليه وسلم : {الولد للفراش وللعاهر الحجر } ٠ (٢)

والزنا الذي لا يثبت نسبا هو ذلك الفعل الذي لا يكون خاليا من أي شبهه تسقط الحد فإذا كانت هناك شبهة فإن النسب يثبت ٠ وذلك مثل الزواج الفاسد والوطء بشبهة وذلك بشرط أن يكون الرجل واقعا في شبهة الحل أو شبهة العقد وذلك حملا علي الصلاح وعملا بقاعدة الحفاظ علي الولد ٠

هذا وقد قضت محكمة النقض في جمهورية مصر العربية بما يلي :

" النسب – ثبوته بالفراش ، مؤدي ذلك ، الزنا لا يثبت نسبا "

[الطعن رقم ٦٩ لسنة ٥٩ ق أحوال شخصية جلسة ٣١ / ٣ / ١٩٩٢]

١- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح مختصر صحيح البخاري للإمام العباسي أحمد الزبيدي حديث رقم ١٩٣١ ج ٢ ص ٥١٦ وفتح الباري ج ١٠ ص ٥٥٧٨ ٠

٢- رواه الجماعة إلا أبا داود - من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ - كتاب اللعان باب الولد للفراش دون الزاني ٠

وقضت أيضا محكمة النقض المصرية بما يلي:

"من المقرر في فقه الشريعة الإسلامية وعلي ما جري بها قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت للفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء علي عقد فاسد أو شبهه ٠ ورتب الفقهاء علي ذلك أن الزنا لا يثبت نسبا٠٠ "

[الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ٢٢ / ٤ / ١٩٩٦]

وعليه : ومن جماع كل ماسبق ذكره يتضح لنا بصورة جلية قاطعة لا لبس فيها

أن : الزنا لا يثبت به النسب مطلقا ٠

الزواج الفاسد وهل يثبت به النسب ؟

من المقرر في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يتم الإحتياط في إثباته وذلك إحياء للولد وحملا علي الصلاح وحفاظا علي الولد من الضياع ٠

وعلي ذلك فإن الزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح في ثبوت النسب وذلك بشرط أن يدخل الرجل بالمرأة دخولا حقيقيا ، فإذا لم يدخل بها دخولا حقيقيا ثم ولدت ولدا فلا يثبت نسب هذا الولد من الرجل ٠

والزواج الفاسد :هو الذي فقد شرطا من شروط صحته وذلك مثل النكاح بلا شهود وأن يتزوج الرجل من أختين معا أو يتزوج الخامسة في عدة الرابعة ٠

ويري الحنفية أن خلوة الرجل بالمرأة لا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد وذلك لأن الأحناف إشترطوا أن يكون هناك إتصالا جنسيا كاملا بالمرأة حتي يمكن القول بثبوت النسب في الزواج الفاسد وأما الخلوة في عقد الزواج الشرعي الصحيح عند الحنفية فيثبت بها النسب عندهم بخلاف الزواج الفاسد كما أشرت آنفا كما أن عقد الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد ولكن بالدخول الحقيقي تترتب عليه بعض آثار الزواج الصحيح ومنها النسب ٠

وعلي ذلك فإنه يمكن القول أن الزواج الفاسد هو الذي فقد شرطا من شروط صحته كالزواج بلا شهود •

وإختلف الفقهاء في ذلك ولكنه طبقا للرأي الراجح في المذهب الحنفي فإن المرأة في الزواج الفاسد لا تعد فراشا لزوجها وإنما تعد فراشا له بالدخول الحقيقي فإذا لم يدخل بها وأتت المرأة بولد لا يثبت نسبه بالفراش إلا إذا أقر به الزوج ولم يذكر أنه من زنا •

والدخول الحقيقي الذي يثبت به النسب في الزواج الفاسد يجب أن تتوافر فيه عدة شروط هي :

أولا : تحقيق الإتصال الجنسي بالمرأة •

ثانيا : تصور إمكانية حدوث الحمل من الزوج •

ثالثا : أن تأتي الزوجة بالولد بعد مضي أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي •

ومن المقرر في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة أن عقد الزواج الذي لا يكون حاضرا فيه شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بشرط الدخول الحقيقي •

ولكنهم يقررون بأن القاعدة الشرعية في إثبات النسب هي أن ادعاء النسب إذا استند مدعيه إلي زواج صحيح أو فاسد : فيستلزم لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان هذا الثبوت بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة •

وعلي ذلك فإن فقهاء المذهب الحنفي يقررون بأن النكاح الفاسد يثبت بالدخول منه النسب وذلك حملا لحال المسلمين علي الصلاح وصيانة للولد من الضياع وترتيبا علي ما سبق ذكره نجد أن النسب يثبت بالفراش في عقد الزواج الشرعي الصحيح ، أما في الزواج الفاسد فلا يتحقق النسب فيه إلا بالدخول الحقيقي •

ولهذا فإنه تحتسب مدة الحمل في حالة الزوجية الصحيحة من تاريخ العقد أما في حالة الزواج الفاسد : فإن مدة الحمل تحتسب من تاريخ الدخول الحقيقي ٠

وقد قضت محكمة النقض المصرية :

"من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية وعلي ما جري به قضا ء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج وما يلحق به من المخالطة بناء علي عقد فاسد أو شبهة ، كما أن من المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره الشهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي ٠

" القاعدة في إثبات النسب أنه إذا أستند إلي زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو البينة الشرعية " ٠

[الطعن رقم ٥٩ لسنة ٦٦ ق أحوال شخصية جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٩٦]

الـفـصـل الـخـامـس

الـقـيـافـة والـلـعـان وتـحـلـيـل فـصـائـل الـدم والـبـصـمـة الـوراثـيـة ودورهـم فـي ثـبـوت الـنـسـب

مقدمة وبيان :

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية الغراء ببيان أحكام النسب في دقة متناهية واستيعاب شامل ذلك لأن النسبهو أحد الكليات الخمس التي جاءت أحكام الشريعة الإسلامية للمحافظة عليها ٠

ومن أجل ذلك حرم الإسلام الزنا والتبني علي أساس أن الولد الناشئ عن الزنا أوالتبني غريب عن العائلة بعيد عن نسبها ٠

أيضا حرم الإسلام علي الأب أن ينفي من يعلم أنه ولده ، وحرم أيضا علي المرأة أن تدخل في نسب القوم من ليس منهم ٠ وذلك لما ورد عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : {أيما إمرأة ألحقت بقوم من ليس منهم فليست من الله في شئ ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل أنكر ولده وقد عرفه ولده إحتجب الله منه يوم القيامة وفضحه علي رؤوس الأشهاد } ٠ (١)

وقد شرع الله سبحانه وتعالي اللعان إذا قذف الرجل زوجته ورماها بالزنا ولم يكن معه بينة تثبت صدق إدعاءه ، مثل أن يراها تزني وليس معه أربعة شهداء يشهدون علي ذلك ، أويثبت عنده زناها اواحتاج الي نفي نسبه أو ثم ولد ولكن لا يعلم أنه من الزنا فأنزل الحق سبحانه وتعالي آيات اللعان كعلاج لهذه المسألة علي النحو الذي سأوضحه تفصيلا فيما بعد بمشيئة الله تعالي ٠

١ـ كتاب سنن ابن ماجه حديث رقم ٢٧٤٣ ص ٤٦٦ ـ كتاب الفرائض ـ باب من أنكر ولده ـ والإرواء ٢٣٦٧ ٠

وقد اجتهد فقهاؤنا رحمهم الله وقاموا بجهد ضخم عظيم في بيان أحكام النسب ومعالجة فروضه وحالاته ودراسة أسبابه ، وذلك علي حسب التطور العلمي الذي كان سائدا في زمانهم وقد كانت القافة والقرعة من أسباب ثبوت النسب المختلفة ، يلجأون إليها عند إلحاق الطفل المجهول النسب بأحد المتنازعين في نسبه إذا لم يكن لأحدهما بينة أو كانت لهما بينتان متعارضتان .

ولكن ومع التطور العلمي الحديث والتقدم التكنولوجي ظهرت إمكانات علمية هائلة أكثر دقة من القيافة حتى صار العمل بالقيافة إلي جانبها شيئا بسيطا في هذا العصر الحديث .

هذه الدراسات الطبية الحديثة التي قام بها كبار الأطباء في أنحاء العالم توصلوا إلي أنه من الممكن طبيا فحص فصائل الدم وخصائصه للتعرف علي إمكانية نسبة المولود إلي أبيه فكان هذا تطورا علميا هائلا .

ثم تطور العلم أكثر وأكثر حتي ظهر مؤخرا ما يعرف بالبصمة الوراثية التي تعتمد علي فحص أنسجة الدم في تحديد وإثبات نسب المولود بعد أن كان فحص الدم وهو الوسيلة السابقة عليها لا يستطاع معه سوي معرفة نفي نسب المولود فقط .

فالقيمة العلمية الهائلة للبصمة الوراثية إذن تكمن في أنها تستطيع تحديد وإثبات النسب للمولود خاصة بعد أن أثبتت الأبحاث الطبية أن نسبة الخطأ في هذه الطريقة تكاد تكون منعدمة تماما .

هذا وسوف أتناول بشيء من الإيجاز فيما يلي الحديث عن كل نوع من هذه الأنواع الأربعة فيما يلي :

المبحث الأول

القيافة ودورها في إثبات النسب

معني القيافة لغة :

هي تتبع أثار الأقدام والأخفاف والحوافر ونحوها والاستدلال بها علي الفار من الناس والضال من الحيوان ٠ (١)

أما معني القيافة شرعا :

فهي تطلق علي إلحاق الولد بمن يشبهه عند الاشتباه وذلك بما منح الله القائف من علم وخبرة ، ويعرف القائف شرعا أنه من يلحق النسب بغيره عند الإشتباه بما خصه الله تعالي من علم ذلك ٠ (٢)

رأي الفقهاء في العمل بالقيافة :

إجتهد فقهاء الشريعة الإسلامية القدامي رحمهم الله جميعا إجتهادا كبيرا وعظيما في مسألة العل بالقيافة في إثبات النسب و ساروا في العمل بالقيافة مسارا كبيرا وشاقا وسلكوا فيها مسالك شتي واستدلوا للعمل بها بأدلة من القرآن والسنة ، وجدير بالذكر أن أنوه إلي أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في جواز إلحاق مجهول النسب بطريق القيافة عند عدم وجود البينة ٠

فجمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية أجازوا إلحاق النسب بطريق

١ـ بلغ العرب في تتبع الأثر مبلغا عظيما حتي حكي أن بعضهم كان يفرق بين أثر قدم الشاب والشيخ وقدم الرجل والمرأة والبكر والثيب راجع في ذلك : بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب للألوسي ج ٣ ص ٢٦١ وأيضا الدكتور أنور محمود دبور ـ إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي ـ ص ٩ وهامشها

٢ـ مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٨٨

القيافة أما أبو حنيفة وأصحابه والشيعة الزيدية والإمامية فقد قالوا بأنه لا يجوز إلحاق النسب بطريق القافة مطلقا ، وقد إستدل كل فريق بأدلة أوردها فيما يلي

أولا : رأي جمهور الفقهاء :

هذا الرأي قال به جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة والظاهرية ومالك في رواية عنه وقد استدلوا علي ما ذهبوا إليه من جواز إلحاق النسب بطريق القيافة مطلقا بالسنة والإجماع والمعقول ، وسأورد بعض من هذه الأدلة فيما يلي :

أولا : أدلتهم من السنة :

الحديث الأول :

ما رواه الشيخان عن عائشة رضي الله عنها قالت :دخل علي رسول الله صلي الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال : { يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي دخل فرأي أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال :إن هذه الأقدام بعضها من بعض } • (١) وسبب ورود هذا الحديث أن رسول الله صلي الله عليه وسلم كان قد تبني زيد بن حارثة وكان أبيض اللون وكان إبنه أسامة أسود ، فكان المشركون يطعنون في نسبه فشق ذلك علي رسول الله صلي الله عليه وسلم لمكانته منه ، فلما قال مجزز ذلك سر به رسول الله عليه وسلم • (٢)

الحديث الثاني :

أيضا استدل المثبتون للنسب بالقافة من السنة بما ورد عن سهل بن سعد رضي الله عنه : أن رجلا من الأنصار جاء إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال :

---

١ و٣- الدكتور أنورمحمود دبور المرجع السابق ص ٢١ ومابعدها وأنظر أيضا كما جاء به : الفروق ج ٤ ص ٩٩ ، وتفسير القرطبي ج ١٨ ص ٢٥٩

٢- صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج ١٥ ص ٥٩ ، وصحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٤١

يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله أم كيف يفعل ؟ فأنزل الله في شأنه ما ذكر في القرآن من أمر المتلاعنين فقال النبي صلي الله عليه وسلم قد قضي الله فيك وفي امرأتك فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد }فلما فرغا قال : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره النبي صلي الله عليه وسلم حين فرغا من التلاعن ٠

قال بن شهاب (١) :

فكانت السنة بعدهما التفريق بين المتلاعنيين ، وكانت حاملا وكان إبنها يدعي لأمه ثم جرت السنة في الميراث أنه يرثها وترثه ما فرض الله لها، وجاء في بعض روايات هذا الحديث : أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : {إن جاءت به أصيهب أريضخ حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتن فهو للذي رميت به فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم :لولا الأيمان لكان لي ولها شأن } ٠ (٢) فقد دل الحديث علي جواز إلحاق الولد بمن يشبهه فإن جاء شبيها بالزوج ألحق به وإن جاء شبيها بمن قذفها به الزوج فهو إبنه وإن رسول الله صلي الله عليه وسلم قد أمر بإلحاق الولد بالزوج إذا جاء علي وصفه وبمن رميت به المرأة إذا جاء علي وصفه وهذا يدل علي جواز العمل بالقيافة ٠

١ـ هو أبو بكرمحمد بن مسلم بن شهاب الزهري : أحد الفقهاء والمحدثين والأعلام التابعين بالمدينة ، يشهد بفضله أن عمر بن عبدالعزيز كتب في الآفاق : عليكم بابن شهاب فإنكم لاتجدون أحدا أعلم بالسنة الماضية منه ، توفي سنة ١٢٤ هجرية ٠ { وفيات الأعيان لابن خلكان ج ١ ص ٤٥١ }

٢ـ الحديث من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ـ حديث رقم ٢٩١٣ ـ ج ٦ ص ٣٢٠ ـ باب في أن اللعان يمين

ثانيا: أدلتهم من الإجماع :

استند القائلون بحجية القيافة بقضايا كثيرة للصحابة رضوان الله عليهم وهذه القضايا كما قال ابن القيم في مظنة الشهرة ومن ثم تدل علي إجماعهم علي العمل بها ومن أمثلة هذه القضايا :

أولا : أن عمر بن الخطاب دعا القافة في رجلين إشتركا في الوقوع علي امرأة في طهر واحد وإدعيا ولدهما ، فألحقته القافة بأحدهما وكان قضاء عمر هذا بمحضر الصحابة دون نكير • (١)

ثانيا : عن زياد بن أبي زياد قال :انتفي ابن عباس من ولد له فدعا له بن كلدة القائف ، فقال له : أما إنه ولده ، فادعاه ابن عباس • (٢)

ثالثا : اختصم إلي أبي موسي الأشعري في ولد ادعاه دهقان (٣) ورجل من العرب ، فدعا القافة ، فنظروا إليه ، فقالوا للعربي :أنت أحب إلينا من هذا العلج (٤) ، ولكن ليس بابنك فخل عنه فإنه ابنه • (٥)

ثالثا : أدلتهم من المعقول :

إستدل المحتجون بالقيافة مطلقا بالمعقول فقالوا :إن القيافة من باب الإجتهاد فيعتمد عليها كالتقويم في المتلفات ، وخرص الثمار في الزكوات ، وتحديد جهة القبلة في الصلوات ، ونحو ذلك من الأحكام •

١- جاء في المغني ج ٥ ص ٦٩٧ : ولإن عمر قضي به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا •

٢- المحلي لإبن حزم ج ١٠ ص ١٨٣

٣- الدهقان كلمة تطلق علي رئيس القرية ورئيس الإقليم والقوي علي التصرف مع حدة ومن له مال وعقار وعلي التاجر ، والكلمة معربة ، راجع الوسيط : مادة دهق

٤- العلج : الشديد الغليظ من الرجال • أنظر : المعجم الوسيط مادة : علج

٥- الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٩٨

ومن ناحية أخري فإن القافة إنما يحتاج إليها في إلحاق النسب أو نفيه عند التنازع كما هو الحال لو وطيء رجلان امرأة فولدت ولدا وكل منهما يدعيه لنفسه وحينئذ لا يصح ترجيح إحدي الدعويين علي الأخري بدون مرجح .

كما لايصح إلغاء دعواهما لإعترافهما بسبب اللحوق ولا يوجد سبب سواهما ولا يصح أن يلحق بهما مع ظهور الشبه الواضح بأحدهما لوجود مرجح لإلحاقه بأحدهما دون الآخر ولا يصح أن يلحق بمن يصفه منهما بعلامات فيه كواصف اللقطة لأن بينهما فرقا ظاهرا وهو أن إطلاع غير الأب علي بدن الطفل وعلاماته واقع كثيرا بخلاف غير مالك اللقطة فإنه لا يعرف عن أوصافها شيئا في الغالب .

ولا يصح أخيرا إلحاق الولد بالشخصين اللذين إدعياه معا لأن ذلك يتنافي مع منطق الحس والعقل ، فلم يبق بعد ذلك إلا بإلحاقه بأقربه شبها منهما . (١)

ثانيا : رأي أصحاب المذهب الثاني في العمل بالقافة :

هذا الرأي قال به أبو حنيفة وأصحابه والشيعة الزيدية والشيعة الإمامية وغيرهم وقد قالوا بعدم ثبوت النسب بطريق القيافة مطلقا وإستدلوا علي رأيهم هذا بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وسأعرض لبعض هذه الأدلة بما يلي :

أولا : أدلتهم من الكتاب :

الدليل الأول : بقوله سبحانه وتعالي : {ولا تقف ما ليس لك به علم } . (٢)

فهذه الآية تنهي المتكلم عن الكلام عن شئ لا علم له به والقائف يتكلم بما ليس له به علم إذ أن كلامه يعتمد علي الظن والحدس والتخمين فهو منهي عنه

١- الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية ص ٢٠٥ ومابعدها - مشار إليه في كتاب الدكتور أنور محمود دبور المرجع السابق ص ٣٦ وما قبلها وما بعدها

٢- سورة الإسراء آية رقم ٣٦

وبالتالي لا يكون كلامه حجة (١) ٠

الدليل الثاني : بقوله سبحانه وتعالي : {في أي صورة ما شاء ركبك } ٠ (٢) فالآية تدل علي أن الله سبحانه وتعالي يركب صورة الإنسان علي الشكل الذي يريده ، ولا يركبه علي قاعدة التشابه بين المولود وأصوله ٠

ثانيا : أدلتهم من السنة :

إستدل منكروا الإحتجاج بالقافة من السنة ببعض الأحاديث أوردها فيما يلي :

الحديث الأول :

استدلوا بما ورد :من أن رجلا من فزارة قد جاء إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال : إن إمرأتي ولدت غلاما أسود (٣)، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم :هل لك من إبل ؟ قال :نعم ، قال :ما ألوانها ، قال :حمر ، قال :هل فيها من أورق (٤)؟ قال :إن فيها أورقا ، قال فأني أتاها ذلك ؟ قال :عسي أن يكون عرق نزعها (٥)قال :وهذا لعل عرقا نزعه ٠ (٦) فهذا الحديث قد دل علي أن الإختلاف في اللون بين الإبن وأبيه لا يمنع من نسبته إلي أبيه ٠ ولما كان اللون من الأمور التي يمكن أن يقع الشبه فيها كان الشبه لا قيمة له في إلحاق الولد بأبيه أو نفيه عنه ، ومن المعروف أن الشبه هو أساس القيافة ، فلا تكون القيافة معتبرة شرعا لذلك ٠ (٧)

١- أحكام القرآن لابن العربي ج ١٠ ص ١١٩٩

٢- سورة الإنفطار آية رقم ٨

٣- شك الرجل في إمرأته لأنها جاءت بغلام أسود ولم يكن السواد لون أبيه ولا لون أمه

٤- جمل أورق : أدم وفي التهذيب : الأورق من كل شيء الذي يكون لونه لون الرماد

٥- أي : جذبة لون كان في واحد من أصوله

٦- سنن ابن ماجه حديث رقم ٢٠٠٢ ص ٣٤٦ باب الرجل يشك في ولده

٧- أنظر في كل ذلك الدكتور أنوردبور المرجع السابق ص ٤٢ وماقبلها وما بعدها

الحديث الثاني :

بما ورد من أنه : {كانت امرأتان معهما إبناهما ، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت لصاحبتها :إنما ذهب بابنك ، فتحاكمتا إلي داود عليه السلام فقضي به للكبري فخرجتا علي سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه فقال : ائتوني بالسكين أشقه بينهما ، فقالت الصغري : لا تفعل يرحمك الله ، هو إبنها فقضي به للصغري } ٠ (١)

ووجه الدلالة منه :أن داود عليه السلام قضي به للكبري وقضي به سليمان للصغري ولم يحكما القافة ، ولو كان الحكم بالقافة مشروعا لحكما بها ٠

ثالثا : أدلتهم من الإجماع :

واستند الذاهبون إلي عدم ثبوت النسب بالقافة مطلقا بالإجماع وبيانه :

أنه قد أتي رجلان إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه يختصمان في غلام من ولادة الجاهلية ، يقول هذا :هو إبني ، ويقول هذا :هو إبني ، فدعا لهما عمر رضي الله عنه قائفا من بني المصطلق ، فسأله عن الغلام ، فنظر إليه المصطلقي ، ثم قال لعمر :والذي أكرمك إنهما قد إشتركا فيه جميعا ، فقام إليه عمر فضربه بالدرة حتى ضجع ، ثم قال :والله لقد ذهب بك النظر إلي غير مذهب ، ثم دعا أم الغلام فسألها ، فقالت :إن هذا لأحد الرجلين ، قد كان غلب علي الناس ، حتى ولدت له أولادا ، ثم وقع بي علي نحو ما كان يفعل فحملت فيما أري ، فأصابني هراقة من دم ، حتى وقع في نفسي أن لا شئ في بطني ثم إن هذا الآخر وقع بي ، فوالله ما أدري من أيهما هو ؟ فقال عمر للغلام اتبع أيهما شئت ، فأتبع أحدهما ، وقال عمر : قاتل الله أخا بني المصطلق ٠ (٢)

فقد دل هذا الأثر علي أن عمر لم يأخذ بقول القائف "قد إشتركا فيه "وإنما

١ـ رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة واللفظ للبخاري

٢ـ شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٤ ص ١٦٢

قال للغلام : "وال أيهما شئت " ولو كان الحكم بالقيافة مشروعا لما عدل عنه عمر ، وكان هذا القضاء بمحضر الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكر عليه أحد منهم ، فصار إجماعا ٠

رابعا : دليلهم من المعقول :

واستدل منكروا ثبوت النسب بالقافة بالمعقول من وجوه متعددة أهمها :

الدليل الأول : جواز تخلق الولد من أبوين :

قال منكروا الإحتجاج بالقافة :إن خلق الولد من الأمور المغيبة عنا ، فكما يجوز أن يخلق من ماء رجل واحد يجوز أن يخلق من ماء رجلين وقد نص علي ذلك بقراط في كتاب سماه الحمل علي الحمل ٠ (١)

ونوقش هذا الدليل من قبل المحتجين بالقافة :بأن تخلق الجنين من ماء رجلين نادر ، والغالب تخلقه من ماء رجل واحد ، والشرع يبني أحكامه علي الغالب ، وبقراط تكلم عن النادر فلا تعارض ٠ (٢)

وهناك من العلماء من يري أن تخلق الجنين من ماء رجلين يعارض ما جاء عن رسول الله صلي الله عليه وسلم في قوله : {إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ٠٠٠ الحديث } ٠ (٣)

ونقل بعض الفقهاء إجماع الأطباء علي عدم إمكانية تخلق الجنين من ماء رجلين ، لإن الوطء لابد أن يكون علي التعاقب ٠ وإذا إجتمع ماء المرأة وإنعقد الولد منه حصلت عليه غشاوة تمنع من إختلاط ماء الثاني بماء الأول ٠ (٤)

١و ٢ الفروق ج ٤ ص ١٠٢

٣ـ جزء من حديث رواه الشيخان وأصحاب السنن الأربعة ـ راجع الجامع الصغير بشرح فيض القدير ج ٢ ص ٤١٤ ـ ٤١٥

٤ ـ مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٨٩ و ٤٩٠

وهذا يتفق مع ما يقره الطب الحديث فإن تخلق الجنين الواحد من ماء رجلين غير معترف به طبيا ، إلا إذا كان هناك توأمان في بطن المراة فمن الممكن حدوث الحمل من ماء رجلين حينئذ ٠ (١)

الدليل الثاني : وجوب إلحاق الطفل بجميع من يشبههم :

يحتج منكروا العمل بالقيافة بأن الشبه لو كان معتبرا في إلحاق النسب لوجب إلحاق الطفل بالعدد من الرجال في حالة شبهه بهم جميعا ٠

والمحتجون بالقيافة لا يقولون بذلك وناقش مثبتوا الإحتجاج بالقيافة هذا الدليل بأن المقصود بالشبه الذي يلحق به النسب ليس مطلق شبه وإنما المقصود شبه خاص يعرفه أهل القيافة ٠ (٢)

الدليل الثالث : شرعية اللعان :

يقول منكروا الإحتجاج بالقيافة :إن الشبه لو كان معتبرا في إثبات النسب لاكتفي به ولما شرع اللعان ، ولكننا نري أن اللعان شرع مع وجود الشبه مما يدل علي أن الشبه لا يثبت به النسب ٠

ونوقش هذا الدليل : بأن الشبه لا يكون معتبرا في حالة تساوي الفراشين كما لو وطئ إثنان جارية فحملت ، ولم يدر الحمل من أيهما ، أما اللعان فقد شرع لما يشاهد الزوج ، فهما كما قال القرافي "بابان لا يسد أحدهما مسد الآخر " ومن ناحية أخري فإن اللعان شرع لإثباته وإذا كان الشبه لا يقوي علي نفي النسب ، فإنه لا يلزم من ذلك عدم قدرته علي إثباته ٠(٣)

الدليل الرابع : القياس علي عدم الحكم بالشبه عند وجود الفراش :

يقول منكروا القافة : إنه لا يحكم بالشبه عند وجود الفراش فلا يصح الإعتماد

---

١ ـ الدكتور أنور دبور ـ المرجع السابق ص ٥١ وما قبلها وما بعدها

٢و٣ـ الفروق للقرافي ج ٤ ص ١٠٢

عليه عند عدم وجود الفراش كذلك ، ونوقش هذا الدليل بأنه :إذا وجد الفراش وحده وكان سالما عن المعارض فإنه يقتضي إستقلاله بإثبات النسب ، وهذا بخلاف تعارض الفراشين فإنه لا يمكن إستقلال أخذها بإثبات النسب بل لابد من ترجيح أحدهما وهذا إنما يكون بطريق القافة التي تعتمد علي الشبه ٠ (١)

الدليل الخامس : القيافة ليست علما :

يقول منكروا الإحتجاج بالقيافة : إن القيافة لو كانت علما لأمكن إكتسابه كسائر العلوم والصنائع ولكنها ليست كذلك فلا يصح الإعتماد عليها ٠ (٢)

ونوقش هذا : بأن القيافة علم يمكن اكتسابه بالتعليم كسائر العلوم وقد نص علي ذلك بعض العلماء ٠ (٣)

١و٢- الفروق للقرافي ج ٤ ص ١٠٢ ومابعدها ٠

٣- جاء في المحلي ج ١٠ ص ١٨٢ : فصح أن القيافة علم صحيح يجب القضاء به في الأنساب والآثار - وأيضا أنظر بتوسع في كل ماسبق ذكره الدكتور أنور دبور المرجع السابق ص ٥٠ وما قبلها وما بعدها ٠

المبحث الثاني

اللعان وأثره علي نفي النسب

اللعان : مشتق من اللعن لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبا وسمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذبا فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والإبعاد ٠ (١)

ومن المقرر في فقه الشريعة الإسلامية أن من يرمي إمرأة بالزنا من غير إثبات كامل أي أربعة شهود عدول يقام عليه حد القذف ، وهو ثمانون جلدة ، ولا تقبل له شهادة أبدا ، لقوله تعالي : {والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداءفاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون } ٠ (٢) ولكن إذا طبق ذلك علي من يرمي زوجته يكون في ذلك حرج شديد ، وخصوصا أن مظنة الصدق قائمة ، إذ لا يمكن أن يرميها من غير شبهة قوية دفعته ، حتي إنه ليروي ابن مسعود أن أنصاريا دخل علي النبي صلي الله عليه وسلم فقال : {يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع أهله رجلا فإن قتله قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكت سكت علي غيظ ، اللهم افتح } ولهذا الحرج الذي صورته تلك الكلمات القوية التي جاءت علي لسان ذلك الأنصاري كان حكم من يرمي زوجته بالزني هو اللعان وهو : أن يقسم الرجل أربع مرات بالله إنه لصادق ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، وتقسم هي أربع مرات أنه من الكاذبين ، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين ٠

١ـ المغني لابن قدامه ج ٩ ص ٣٠

٢ـ سورة النور آية رقم ٤

وقد بينت الآية الكريمة في سورة النور حقيقته ، فقد قال تعالي : {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين (٦) والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين (٧) ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (٨)والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين (٩) } ٠ (١)

فإذا حلف الرجل وحلفت المرأة ، فقد تم اللعان ومن آثاره أن ينتفي نسب ولده إن كان موضع الرمي بالزني في نفي الولد ، وأن يفرق بين الزوجين فلا يتعاشرا ولا يحل له أن يعقد عليها أبدا إلا إذا كذب نفسه ، فإذا فعل أقيم عليه حد القذف وعاد الحل فيجوز أن يعقد عليها من جديد ٠

والسبب في ذلك التفريق ، وتحريم الزواج أن الثقة بينهما قد فقدت ، ولا يمكن أن يقوم زواج ليس أساسه الثقة ، وإطمئنان الرجل إلي أهله في المحافظة علي عرضها وعرضه فإن كذب نفسه عادت الثقة فيجوز العقد ، وأبو يوسف منع الزواج في هذه الحال أيضا ٠ (٢) وروي سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه :أن عويمرا العجلاني أتي رسول الله صلي الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع إمرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : {قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأتي بها } ، فلما فرغا قال سعد : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا بحضرة رسول الله صلي الله عليه وسلم } ٠

١- سورة النور الآيات أرقام ٦ و٧ و ٨ و ٩

٢- الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ١٢٥

وروي أبو داود بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :

جاء هلال بن أمية وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأي بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتي أصبح ، ثم غدا علي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني جئت أهلي فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني ، فكره رسول الله صلي الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت هذه الآيات : {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين } ٠ (٢) فسري عن رسول الله صلي الله عليه وسلم وقال : { أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا } ٠ قال هلال :قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالي فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { أرسلوا إليها } فأرسلوا إليها فتلاها عليهما رسول الله صلي الله عليه وسلم وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال : والله لقد صدقت عليها فقالت : كذب ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { لاعنوا بينهما } ٠ فقيل لهلال :إشهد فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فلما كان في الخامسة قيل : يا هلال إتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال :والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم قيل لها : إشهدي فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فلما كانت

١- متفق عليه من كتاب المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج ٩ ص ٣٠

٢- سورة النور آية رقم ٦و٧و ٨ و٩

الخامسة قيل لها :إتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ٠

ففرق رسول الله صلي الله عليه وسلم بينهما وقضي ألابيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفي عنها ٠ (١)

وقال صلي الله عليه وسلم : {إن جاءت به أصيهب أريضخ أثيبج حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به } فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { لولا الأيمان لكان لي ولها شأن } ٠(٢)

قال عكرمة :فكان بعد ذلك أميرا علي مصر وما يدعي لأب ، ولأن الزوج يبتلي بقذف إمرأته لينفي العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة لهم ٠ (٣)

فاللعان إذا عبارة عن أربع شهادات تتم بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة في الخامسة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة ٠

ويحدث اللعان في حالة ما إذا إتهم الزوج زوجته بالزنا وفي حالة ما إذا نفي نسب ولدها إليه صراحة ولم يكن له بينة أو أدلة تؤيد صدق ما إدعاه وقد أنكرت الزوجة جميع ما إدعاه الزوج فيرفع الزوج الأمر إلي القاضي يطالبه فيها بإجراء اللعان بينه وبين زوجته علي النحو الذي علمه لنا سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم في حديث هلال بن أمية سالف الذكر ٠

١- المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج ٩ ص ٣٠ و ٣١ -كتاب اللعان ٠

٢- رواه أحمد وأبو داود - ضعيف أحمد ١ / ٢٣٩ وأبو داود ٢٢٥٦ - والحديث من كتاب نيل الأوطار للشوكاني - حديث رقم ٢٩١٣ - ج ٦ ص ٣٢٠ - باب في أن اللعان يمين ٠

٣- المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج ٩ ص ٣٠ و ٣١ -كتاب اللعان

غير أنه تجدر الملاحظة أن نصوص ومواد قانون الأحوال الشخصية المعمول به في مصر حاليا لم تتعرض لمسألة اللعان مطلقا ولم ترد به أية نصوص تتناول موضوع اللعان كأثر لنفي النسب ٠

وقد جاءت المادة رقم ٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية :

بقولها : "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة علي الإقرار به بعد وفاة المورث ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل علي صحة هذا الإدعاء "

إنتهي نص هذه المادة التي تناولت موضوع نفي النسب في القانون المصري دون أي إشارة من قريب أو من بعيد إلي اللعان وأثره في نفي النسب ٠

وهذا مما يعيب القانون ويصمه بالقصور والعوار وذلك بعدم نصه علي حكم هام من أحكام الشريعة الإسلامية وطبقه رسول الله صلي الله عليه وسلم عمليا في أكثر من مناسبة كما سبق وأن وضحت آنفا في حديث سهل بن سعد الساعدي وحديث هلال بن أمية ٠

ومصر دولة إسلامية والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيها وكون خلو قانون الأحوال الشخصية من النص علي اللعان كأحد الطرق الشرعية التي يمكن من خلالها نفي النسب ، فهذا قصور شديد يجب تلافيه بالتعديلات اللازمة لتطبيق منهج الله سبحانه وتعالي ٠

ولا يقدح في ذلك أن المذكرة الإضاحية نصت علي أن اللعان باق علي حكمه في مذهب الحنفية ٠

غير أنه يمكن أن يفهم مما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية أن يكون المعمول به اليوم في ظل هذا القانون : هو عدم إمكان نفي نسب الولد باللعان إلا إذا كان الزواج صحيحا وذلك لأن المعمول به في القانون المصري هو الراجح من المذهب الحنفي ٠

وشرط اللعان عند الحنفية :

هو قيام الزوجية أو ما في حكمها وهي عدة الطلاق الرجعي فلا لعان عند الحنفية في زواج فاسد أو وطء بشبهة ٠

إذن اللعان : لا يكون إلا عند ثبوت نسب الولد بالزواج الصحيح وإذا تم اللعان علي نحو ما سبق فإن القاضي يحكم بنفي نسب الو لد عن الزوج وإلحاقه بالأم ثم يفرق بين الزوجين كأثر حتمي للملاعنة ٠ (١)

ومن أحكام محكمة النقض في شأن الملاعنة :

"من المقرر شرعا أنه في حال قيام الزوجية الصحيحة ، إذا أتي الولد بستة أشهر علي الأقل من وقت عقد الزواج ، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلي إقرا ر أو بينة ، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفي إلا بشرطين أولهما :أن يكون نفيه وقت الولادة وثانيهما :أن يلاعن إمرأته ، فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا شروطه فرق القاضي بينهما ونفي نسب الولد عن أبيه وألحقه بأمه ٠

(الطعن ١٠ لسنة ٤١ ق أحوال شخصية جلسة ٥ / ٢ / ١٩٧٥)

أيضا قررت محكمة النقض أنه :

"من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتي الولد لستة أشهر علي الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلي إقرار أو بينة ٠وإذا نفاه الزوج فلا ينتفي إلا بشرطين : أولهما :أن يكون نفيه وقت الولادة ، وثانيهما : أن يلاعن إمرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا شروطه فرق القاضي بينهما ونفي نسب الولد

١- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية للمستشار عزمي البكري مجلد ٣ ص ٤٩٧

عن أبيه وألحقه بأمه ، والأصل في النسب الإحتياط في ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبني علي الإحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأي وجه حملا لحال المرأة علي الصلاح وإحياء للولد ٠

لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه وبين الطاعنة وأنه وإن نفي نسب المولودة ٠٠٠٠ إليه عقب ولادتها مباشرة إلا أنه لم يلاعن إمرأته ومن ثم فلا ينتفي نسبها منه ٠

وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بتأييد الحكم المستأنف فيما قضي به من رفض دعوى الطاعنة بثبوت نسب الصغيرة للمطعون ضده وفي دعوي المطعون ضده بنفي نسب الصغيرة إليه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضها ٠

[الطعن رقم ٤٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٧ / ١ / ١٩٩٧]

وأيضا من أحكام محكمة النقض في شأن الملاعنة :

"ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة شرطه - نفي الزوج نسب الولد - وأن يكون نفيه وقت الولادة وأن يلاعن امرأته - تمام اللعان مستوفيا شروطه ٠ وأثره : التفريق بينهما ونفي الولد عن أبيه وإلحاقه بأمه ٠٠ "

[الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٦٤ ق أحوال شخصية جلسة ١٨ / ٤ / ٢٠٠٠]

المبحث الثالث

فحص فصائل الدم ودوره في إثبات النسب

أمكن للأطباء بعد دراسات مضنية أن يقسموا الدم البشري إلي أربع مجموعات رئيسية إصطلحوا علي تسميتها بفصائل الدم ، وهذه هي أنواع فصائل الدم :

أولا : فصيلة دم (أ) :

ويحتوي علي (أ) جلوتينيوجين (أ) في كرياته الدموية الحمراء وأجلوتينين (ب) في البلازما .

ثانيا : فصيلة دم (ب) :

ويحتوي علي (أ) جلوتنيوجين (ب) في كرياته الدموية الحمراء ، وأجلوتينين (أ) في البلاز ما .

ثالثا : فصيلة دم (أ ب) :

ويحتوي علي أجلوتينوجين (ب) في كرياته الحمراء ، ولا يحتوي علي أي أجلوتينات في البلازما .

رابعا : فصيلة دم (صفر) :

ويحتوي علي أجلوتينين (أ) وأجلوتينين (ب) في البلازما ، ولا يحتوي علي أي أجلوتينوجين في كرياته الحمراء . (١)

وقد قرر الأطباء بصفة قاطعة لا يخالطها أدني شك أن فصيلة دم الإبن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه وأمه سواء كان دمهم من فصيلة واحدة أم من فصيلتين .

١- الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي - محمد عبد العزيز سيف النصر مكتبة القاهرة الحديثة الطبعة الأولي ١٩٥٨ م ص ١١٤ ، ومبادئ الطب الشرعي والسموم - محمد شريف ومحمد عبد العزيز البهنساوي مكتبة القاهرة الحديثة سنة ١٩٦٠ م - ص ١٤٣ .

كما قرروا أن فحص فصائل الدم لا يثبت الأبوة بصفة قاطعة فهو لا يثبت أن رجلا بعينه هو والد الطفل موضوع النزاع بلا شك ولكنه يثبت أن لا يكون هذا الرجل والدا لهذا الطفل ٠

ومعني هذا أن إختلاف فصائل الدم أو عدم إختلافها يترك أثرا من الناحية السلبية لا من الناحية الإيجابية إذ يمكن الإعتماد عليه فقط في نفي البنوة وليس في إثباتها لأنه لا يلزم من إتحاد فصيلة دم الإبن مع من ينسب إليه كونه ابنا شرعيا له ٠ (١) فمن الجائز أن أمه حملت به من شخص أخر تتفق فصيلة دمه مع فصيلة دم زوجها هذا وقد حدد الأطباء الفصائل الممكنة والمستحيلة بالنسبة لدم الطفل تبعا لنوع فصيلة دم أبويه وأفرغوا ذلك في جدول معروف عندهم ٠ ومن الأمثلة التي يمكن أخذها من الجدول أنه إذا جاء دم الزوجين من فصيلة (أ) وجاء دم الطفل من فصيلة (ب) فإنه يقطع طبيا بعدم بنوته للزوج إذ يستحيل أن يجئ دم الطفل علي هذه الفصيلة ما دام أن دم كل من الأبوين من فصيلة (أ) ٠ (٢)

---

١ ـ الموسوعة الطبية الحديثة ـ لنخبة من مؤسسة علماء كولدن بريس ـ ج ١ ص ٣٠ ـ الناشر : مؤسسة سجل العرب ٠

٢ـ الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي ـ محمد عبد العزيز سيف النصر مكتبة القاهرة الحديثة الطبعة الأولي ١٩٥٨ م ص ١٢٥ ، ومبادئ الطب الشرعي والسموم ـ محمد شريف ومحمد عبد العزيز البهنساوي مكتبة القاهرة الحديثة سنة ١٩٦٠ م ـ ص ١٤٣ ٠ وأنظر أيضا بتوسع في كل ذلك الدكتور أنور دبور حيث مشار اليه في مؤلفه : إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي ص ٩٤ ومابعدها ٠

موقف الفقه الإسلامي الحديث من فحص فصائل الدم :

إن فحص فصائل الدم للإستدلال به علي نفي بنوة طفل من شخص معين لم يعرف لفقهائنا القدامي ، لكن في هذا يقول الأستاذ الدكتور أنور محمود دبور أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة :

إنه لا مانع منه شرعا ما دام قد قطع أطباء المسلمين بصحة النتائج التي توصلت إليها هذه الفحوص .

وينتفي هذا الطفل عن هذا الشخص من غير لعان ، أخذا مما قرره الفقهاء من أنه ينتفي الولد من غير لعان إذا كان من ينسب إليه الولد لا تتصور نسبته إليه كالصبي .

وقد عللوا ذلك بأن اللعان يمين واليمين إنما وضعت لتحقيق ما يحتمل الوقوع وعدمه وفي مثل هذه الحالة لايحتمل كون الولد من الزوج فلم يحتج لنفيه إلي لعان .

وتجدر الإشارة هنا إلي أنه لا يلزم من تجويز نفي النسب إعتمادا علي إختلاف فصائل الدم أن تعتبر مخالفة فصيلة الإبن لفصيلة الزوج علي وجه يستحيل كونه منه دليلا علي زني المرأة .

إذ يجوز أن تكون وطئت بشبهة أو وطئت وهي نائمة ، ونحو ذلك ومن ثم لا يقام عليها حد الزني للشبهة . (١)

١- الدكتور أنور محمود دبور المرجع السابق ص ٩٥ ومابعدها

المبحث الرابع

البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب

لقد تطور الطب الحديث خلال السنوات الأخيرة تطورا مذهلا ففي منتصف الثمانينات نجح العلماء في تحليل الحمض النووي الذي يسكن نواة الخلية في دم الإنسان ٠

وتكاتفت الجهود فيما يعرف بمشروع الجينوم البشري العملاق وقد دفع هذا الكشف الخطير بعض العلماء إلي الأخذ في تحديد هوية الإنسان ٠

وأطلقوا عليه إصطلاح البصمة الوراثية محاكاة لبصمة الإصبع لدي الإنسان والتي تكشف عن هويته ورمزوا لها برمز { dna } ٠

وقد طالب بعض العلماء المسئولين بتسجيل البصمة الوراثية لكل زوجين وللمولود عند إستخراج شهادة الميلاد كبداية للإنضباط الإجتماعي والأخلاقي ٠

إن فحص أنسجة الدم أو ما يعرف بالبصمة الوراثية لها أهميتها القصوى في التعرف علي الأشخاص وفي إثبات النسب وهي مضمونة بنسبه كبيرة لا يكاد يصل إليها شك نظرا للتقدم العلمي الهائل فيها وهي لا تتشابه مطلقا من إنسان لآخر مثلها مثل بصمة الإصبع تماما ٠

ويثور تساؤل في غاية الأهمية لماذا لا يكون إستخدام البصمة الوراثية ملزما في حل المشاكل الناجمة عن التنازع في إثبات النسب ؟ ذلك أن البصمة الوراثية لها أهميتها القصوى في التعرف علي الأشخاص وعلي الأدلة المادية الدقيقة التي يمكن من خلالها معرفة نسبة الولد لأبيه من عدمه ٠

لأنه من المعروف علميا أن الخلية الحية البشرية تتكون من نواة داخل جسم الخلية وتحتوي النواة علي العديد من الكروموزومات وكل كروموزوم عليه

العديد من الجينات وكل جين يمثل صفة وراثية معينة ، وهذه الخلايا تتشابه صفاتها وتحمل صفات واضحة من الأم والأب ·

وقد أمكن علميا ترجمة ذلك إلي شرائط تحمل في مجموعها خريطة وراثية ويتم الترتيب لهذه الخريطة علي ما يعرف بإسم الحامض النووي dna ·

وهذا الحامض النووي يكون البنية الأساسية للجين الوراثي وينقسم إلي العديد من الأحماض ليحمل الصفة الوراثية المميزة عن الجنين والتي تكون صفات متماثلة في كل الخلايا المكونة للجسم البشري أو حتي النسيج الدموي للإنسان · وأيضا يمكن توضيح وتمييز هذه الأنسجة والتي يمكن من خلالها معرفة النوع والصفات الوراثية المتشابهة ·

ومن ثم يمكن معرفة ما إذا كانت هذه الخلية لأنثي أم ذكر ، ومدي العلاقة بين الأفراد والأسر وعليه فإنه يمكن عن طريق الحامض النووي dna أو ما يعرف بالبصمة الوراثية معرفة ثبوت نسب ولد معين إلي أبيه من عدمه ·

رأي العلماء المحدثين في مشروعية الأخذ بالبصمة الوراثية :

يكاد يجمع العلماء المحدثون علي مشروعية وجواز الأخذ بالبصمة الوراثية كأحد الطرق المهمة جدا في إثبات النسب ، خاصة بعد ما أثبت الطب الحديث أن نسبة الخطأ فيها تكاد تكون معدومة كما ثبت أيضا أن البصمة الوراثية يمكن من خلالها التأكد من نسبة المولود إلي أبيه وليس نفيه كما كان في الماضي في الأساليب القديمة · (١)

١ـ الدكتور سعد الدين مسعد هلالي ـ البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ـ دراسة حصلت علي جائزة أفضل كتاب في العلوم الإجتماعية في معرض الكتاب العربي السابع والعشرين بدولة الكويت لسنة ٢٠٠٢

وقد أيد فضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي في فتوى شهيرة له جواز الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل علي إثبات أو نفي نسب طفل إلي شخص ما :

وأود أن أورد هذه الفتوى كاملة فيما يلي :

سأل أحد القراء فضيلة الدكتور القرضاوي عن توضيح أحقية أحد الزوجين في اللجوء إلي إستخدام البصمة الوراثية ، وأيهما يقدم علي الآخر عند طلب التحليل الوراثي : (الزوج أم الزوجة ؟؟) وذلك عند وجود تنازع بين الزوجين في ثبوت نسب الولد ، مع رجاء ذكر الأسباب والأسانيد الشرعية التي إعتمدتم عليها في مثل هذا القول وهل هذا بناء علي طلب من القضاء وبرضا الطرفين أم لا ؟؟

فأجاب فضيلته : بسم الله ، والحمد لله والصلاة والسلام علي رسول الله ، وبعد شرع الله تعالي حد القذف لمن يرمي غيره من الناس بالزنا ، وشرع اللعان بين الزوجين إذا ما أراد الزوج نفي الولد أو إتهام الزوجة ولم يكن معه شهود والتحاكم للبصمة الوراثية جائز إذا كان الطلب من الزوجة !!لأنه يحقق براءتها وطمأنينة الزوج ونسب الولد ، أما إن كان من الزوج فلا يجاب إليه ؟ ! إلا إن وافقت الزوجة لأنه يضيع حقها في الستر الذي يكون باللعان ، ثم إستطرد سيادته بقوله : شرع الله حدالقذف لمن رمي إنسانا بالزنا - رجلا كان أو إمرأة ولم يقم بينة علي ذلك أن يأتي بأربعة شهداء رأوا عملية الزنا وهي تحدث بأعينهم ، دون تجسس منهم علي الزاني ومن يزني بها قال تعالي : {والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم } • (١)

١- سورة النور آية رقم ٤ و٥

ولكن القرآن إستثني من هذا الحكم :الأزواج الذين يرمون زوجاتهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فمن اتهم امرأته بالزنى ، فقد جعل الله له بديلا عن الشهود الأربعة أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة :أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين كما فصل القرآن ذلك في سورة النور وهذا يسقط عنه حدالقذف قال تعالي : {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين (٦) والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين (٧) ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (٨) والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين (٩) } ٠ (١) وهذا اللعان مشروع فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو اتهمها بنفيَ الولد منه :وفائدة اللعان : أن يفترق الزوجان وينسب الولد إلي أمه وقد ستر علي المرأة فلم يعرف إن كان الولد إبنه حقيقة أو لم يكن ابنه وفي هذا من المصلحة ما فيه وبعد أن ظهرت [البصمة الوراثية]وأصبح ممكنا معها تحليل الدم ، ومعرفة الولد من صلب هذا الرجل أو لم يكن من صلبه ٠

ثم استطرد فضيلة الشيخ القرضاوي قائلا : وقد إتفق العلماء علي أن الزوج إذا طلب الإحتكام إلي البصمة الوراثية لم يستجب له لأنه يفوت علي المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلي ولدها ، وهذا الستر مقصود للشارع لما فيه من مصلحتها ومصلحة ولدها !!! ولكن الذي اختلف فيه العلماء هو ما إذا طلبت المرأة المقذوفة : الإحتكام إلي البصمة الوراثية ، هل تجاب إلي طلبها أم لا ؟ أكثر العلماء قالوا : لا يجاب طلبها ويكتفي باللعان لأنه هو الذي شرعه الله لعلاج مثل هذه الحالة فيوقف عنده ويقتصر عليه ولا نتعداه ٠

١ـ سورة النور الآيات رقم ٦ و ٧ و ٨ و ٩

ولكن الذي أرجحه أن يستجاب للمرأة في هذا الطلب ، علي أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها ، وتطلب اللجوء إلي وسيلة علمية مقطوع بها تدفع التهمة بها عنها وتحفظ بها حقها ، ولا تعتدي علي حق إنسان آخر ٠

فهي تطلب بالإحتكام إلي البصمة إثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا :
أولهما : براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها وهي جازمة بأنها كاذبة وهذا أمر يحرص عليه الشارع :ألا يتهم برئ بما ليس فيه ، وثانيها :إثبات نسب ولدها من أبيه وهذا حق للولد ، والشارع يتشوف إلي إثبات الأنساب ما أمكن وحفظ الأنساب من الضروريات الشرعية الخمس و الثالث : إراحة نفس الزوج وإزاحة الشك من قلبه بعد أن تثبت له بالدليل العلمي القاطع : أن الولد الذي إتهمها بنفيه منه هو إبنه حقا ٠

وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك ، والطمأنينة مكان الريبة وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة بهذا الإجراء :الزوجة والزوج والولد وأمر يحقق هذه المصالح كلها ، وليس فيه ضرر لأحد ولا مصادمة لنص لا ترفضه الشريعة بل هو يتفق مع مقاصدها وإذا طلبت الزوجة من القاضي الشرعي أو من المحكمة الشرعية الإحتكام إلي البصمة الوراثية ، فالواجب أن نستجيب لها رعاية لحقها في إثبات براءتها ، وحق ولدها في إثبات نسبه وعملا علي إراحة ضمير زوجها وإزالة الشك عنه ٠ والله أعلم ٠ (١)

١- موقع القرضاوي علي الإنترنت بتاريخ ٢٣ / ٤ / ٢٠٠٦

ولكن هنا يثور تساؤل في غاية الأهمية :

ماهو الموقف إذا أنكر الزاني النسب أو لم يتقدم للتحليل ؟ :

والإجابة علي هذا السؤال تستلزم تقرير قاعدة شرعية وهي أن :الزنا لا يثبت به النسب علي الإطلاق ، فما دامت المرأة قد أتت بولدها من سفاح وليس من نكاح فلا يحق لها في هذه الحالة أن تطالب بإثبات نسب هذا المولود إلي الزاني لأن النسب كما هو مقرر في فقه الشريعة الإسلامية لا يثبت إلا بالفراش الصحيح تطبيقا لقول النبي صلي الله عليه وسلم : {الولد للفراش وللعاهر الحجر } ٠ (١) إذن فالولد ينسب لأبيه بالفراش الصحيح ولا يكون للعاهر وهو الزاني إلا الحجر كما أخبر بذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم ٠

ومع تطور العلم الحديث وظهور البصمة الوراثية التي يثبت معها بطريقة جازمة قاطعة معرفة ما إذا كان هذا المولود هو إبن لهذا الرجل من عدمه ٠

والمرأة إذ إحتكمت إلي البصمة الوراثية بإثبات نسب مولودها من شخص ما فهذا حقها والأفضل أن يستجاب إلي طلبها لأنها بإثبات نسب مولودها إلي شخص ما بطريقة علمية جازمة ومؤكدة فهي تدفع بذلك عن نفسها تهمة الزنى وتحافظ علي إبنها من الضياع بشرط إثبات أن المولود نتيجة علاقة زوجية شرعية صحيحة أو فاسدة ٠

أما الزاني فإنه إذا أنكر النسب أو رفض أن يتقدم لإجراء التحاليل الطبية عن طريق البصمة الوراثية فإن الموقف يكون هو :

أن لا يجبر علي إجراء هذه التحاليل الطبية وذلك حتي لا نصطدم بالقاعدة الشرعية التي تقول أن الزنا لا يثبت به النسب ٠

١- رواه الجماعة إلا أبا داود - كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٥ - كتاب اللعان

ويجب هنا أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولي هي :

إذا إستطاعت المرأة أن تثبت أن علاقتها بهذا الرجل هي علاقة شرعية سواء من نكاح صحيح أو فاسد ٠

الحالة الثانية هي :

عدم إستطاعتها إثبات أن هذا المولود هو نتيجة علاقة شرعية صحيحة أو فاسدة ذلك لأنه طبقا للشريعة الإسلامية ولقانون الأحوال الشخصية المعمول به في مصر فإنه لا يجوز إثبات النسب إلا إذا ثبتت العلاقة الزوجية أولا ٠

فيجب علي هذه المرأة في هذه الحالة أن تثبت أولا أن هناك علاقة زواج شرعية صحيحة ثم تدعي بعد ذلك أن هذه العلاقة الشرعية الثابتة بالفراش الصحيح أو الفاسد قد أثمرت مولودا وأن والده ينكر نسبه إليه ٠

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن :

" النسب : ثبوته بالفراش ، مؤدي ذلك : الزنا لا يثبت نسبا "

الطعن رقم ٩٦ لسنة ٥٩ ق أحوال شخصية جلسة ٣١ / ٣ / ١٩٩٢

أيضا هناك حكم لمحكمة النقض المصرية قضت بأن :

" من الأحوال المقررة في فقه الشريعة الإسلامية وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة :أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج وما يلحق به من المخالطة بناء علي عقد فاسد أو بشبهة كما أن من المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لم يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح وهو ثبوت النسب بالدخول الحقيقي ٠ "

الطعن رقم ٩٥ لسنة ٦٦ ق أحوال شخصية جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٩٦

وعلي ذلك فإنه يفهم من أحكام محكمة النقض أنه :

يجب علي المرأة أولا :

أن تثبت أن هناك فراشا صحيحا أو فاسدا بدخول حقيقي حتى يجوز لها شرعا أن تطلب ثبوت نسب وليدها من صاحب الفراش ففي هذه الحالة فقط وهي إستطاعة المرأة إثبات علاقة الفراش علي نحو ما ذكر فإنه يجوز لها أن تحتكم إلي البصمة الوراثية وتطلب من المحكمة إثبات نسب وليدها من هذا الرجل ٠

أما إذا ادعي الرجل أنه قد زني بها و قال أنه يستطيع أن يثبت أن العلاقة التي كانت بينه وبين تلك المرأة هي علاقة زنا وعلاقات غير شرعية وليس علاقات نكاح صحيح أو فاسد وأصر علي موقفه بأنه قد زنا بتلك المرأة فحسب ، ففي هذه الحالة إذا إستطاعت هذه المرأة علي نحو ما رددته سابقا أن تثبت للمحكمة أن الفراش الذي كان بينها وبينه هو فراش زوجية صحيحة أو فاسدة فوجب علي المحكمة أن تلزمه بإجراء تحاليل البصمة الوراثية دفعا لتهمة الزنا عن المرأة وإثباتا لبراءتها وإحياءا لولدها حتى تحكم المحكمة بصحة نسبه إلي أبيه ويجب علي المحكمة في هذه الحالة أن تحكم علي هذا الرجل بحد القذف وهو الجلد ثمانون جلدة وذلك تطبيقا لشرع الله الذي شرع حد القذف لمن رمي إنسانا بالزنا رجلا كان أو امرأة ولم يكن معه بينة علي ذلك وهي أربعة شهداء يكونوا قد شاهدوا واقعة الزنا بأعينهم من غير أن يكونوا خلال ذلك قد تجسسوا علي الزاني والمرأة التي كان يزني بها وذلك تطبيقا لقول الحق سبحانه وتعالي :

{والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم } ٠ (١)

١ـ سورة النور الآيتين رقمي ٤ و٥

إذا فالموقف في هذه الحالة يكون خاضعا لتقدير محكمة الموضوع فإن ثبت لديها أن هذا المولود هو نتيجة زنا لم يكن للمحكمة أن تلزمه بإجراء تحاليل البصمة الوراثية لأن القاعدة الفقهية المقررة في الشريعة الإسلامية أن الزنا لا يثبت نسبا ٠

وأما إن ثبت للمحكمة أن هذا الفراش هو فراش صحيح أو فاسد وأن هذا المولود المطالب بإثبات نسبه هو نتيجة علاقة زواج شرعية صحيحة أودخول في زواج فاسد فيجب علي المحكمة أن تحكم بثبوت نسب هذا المولود إلي أبيه حتي وإن رفض أن يتقدم للتحليل ذلك لأنه من المقرر في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش في النكاح الصحيح وبالدخول في عقد الزواج الفاسد أو وطء الشبهة ٠

وعليه فإذا ما رفض الرجل الإمتثال لإجراء التحاليل الطبية عن طريق البصمة الوراثية كان علي المحكمة أن تحكم بثبوت نسب المولود إليه وذلك ليس من قبلي عقابه علي إمتناعه عن التحليل ، وليس كما يظن البعض أن الرجل بعدم انصياعه لإجراء التحاليل الطبية بطريق البصمة الوراثية هو اعتراف ضمني منه بأن هذا الولد المدعي نسبه هو ابن له من صلبه ولكن إعمالا للقاعدة الشرعية التي تقول : أن الولد للفراش وللعاهر الحجر وإعمالا لما إتفق عليه الفقهاء من أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وبالنكاح الفاسد ٠

قضية هامة جدا وجديرة بالبحث والرد علي فتوى فضيلة الشيخ القرضاوي :

يحدث أحيانا أن تكون العلاقة الزوجية بالفراش الصحيح ثابتة ومعترفا بها من كلا الزوجين الرجل والمرأة ، ولكن يحدث أن يتهم الزوج زوجته بالزنا أو يتهمها بنفي الولد منه وأن هذا المولود ليس إبنه ولكن لا يكون مع الزوج أي

إثبات أو دليل شرعي أو بينة تثبت صدق إدعاءه هذا سوي نفسه ؟ ...في هذه الحالة شرع الله اللعان بين الزوج والزوجة حيث قال سبحانه وتعالي :

{والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن عليها غضب الله عليها إن كان من الصادقين } . (١)إذن فاللعان هو حل قدمته الشريعة الإسلامية الغراء لمن يرمي زوجته بالزنا أو ينفي ولده منها إذا لم يكن معه بينة تؤيد إدعاءه وصورة اللعان كما بينت الآيات الشريفة سالفة الذكر : هي أن يقسم الرجل أربع مرات بالله أنه من الصادقين والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين وتقسم الزوجة أيضا أربع مرات بالله أنه من الكاذبين والخامسة أن عليه غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإذا حلف الرجل وحلفت المرأة فقد تم اللعان علي الوجه المطلوب شرعا .

ويترتب علي هذا آثار في غاية الأهمية ألا وهي :

أولا : أن يفرق بين الزوجين فلا يتعاشران ولا يحل له أن يعقد عليها أبدا إلا إذا كذب نفسه .

الأثر الثاني من آثار اللعان : أن ينفي نسب الولد من الزوج إذا كان موضوع الرمي بالزنا في نفي الولد .

وقد أفتي بعض العلماء : (٢)

بأن الزوجة المقذوفة إذا طلبت الإحتكام إلي البصمة الوراثية فإنه يستجاب للمرأة في هذا الطلب علي أساس انها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت متيقنة من

١- سورة النور الآيات رقم ٦ : ٩

٢- فتوى فضيلةالشيخ القرضاوي - من موقع القرضاوي علي الإنترنت. { مذكورة كاملة بصلب هذاالبحث}

براءتها وتطلب اللجوء إلي وسيلة علمية مقطوع بها تدفع التهمة عنها وتحفظ بها حقها ولا تعتدي علي حق إنسان أخر ٠

ثم استطرد فضيلته في فتواه وقال : إن الزوج إذا طلب الإحتكام إلي البصمة الوراثية لم يستجب له لأنه يفوت علي المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلي ولدها ٠

وإنني إذ أختلف مع فضيلته في هذا الرأي وذلك للأسباب الآتية :

لأن العمل بهذه الفتوي يفتح الباب علي مصراعيه أمام النساء الزانيات والمتزوجات بأزواج غافلين عما يمارسه زوجاتهم من فاحشة الزنا ٠

وذلك بسبب أنه إذا ما أكرم الله الرجل واكتشف أمر زوجته الزانية وطلب من القاضي الإحتكام إلي البصمة الوراثية لإثبات أن هذا الولد ليس من صلبه ٠٠٠ فإذا ما طبقنا هذه الفتوي نجد أن هذا الزوج المخدوع يصطدم بهذه الفتوي التي تحرمه من أبسط حقوقه وهي نفي نسب هذا الإبن منه بطريقة علمية مقطوعة تحت دعوي أنه يجب عليه أن يلجأ إلي اللعان فقط واللعان فقط لاغير !! لأن اللعان يوفر لهذه الزانية الستر عليها وعلي ولدها ٠ {أي ستر هذا يافضيلة الشيخ الجليل الذي تريد أن تمنحه لهذه الزانية ؟ ؟ !!وهل هذا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ؟ ؟ !! }

وأنا لا أقف موقفا مضادا للعان حاشا وكلا ولا أعترض علي حكم ربي مطلقا بل إنني أخضع لأحكام الله سبحانه وتعالي خضوعا تاما مملوء بإيمان ويقين لا شك فيهما ولكنني أري أن هذه الفتوي فيها ظلم وإجحاف للزوج لأنها تحرم الزوج من نفس الحق الذي أعطته هذه الفتوي للزوجة وهي الإحتكام إلي البصمة الوراثية فإذا ما كانت هذه الفتوى تعطي الزوجة الحق في الإحتكام إلي البصمة الوراثية لإثبات أن هذا المولود هو من صلب أبيه الذي هو زوجها

فلماذا تحرم هذه الفتوى الزوج من نفس الحق وهو أن يثبت بوسيلة علمية مقطوع بها أن هذا الإبن ليس من صلبه وأنه ثمرة لزنا زوجته ؟ ؟ ؟ .

أليس في هذا ظلم وإجحاف وتفرقة بين الحقين بدون مقتضى شرعي أو ديني

فإن المرأة إذا كانت تحتاج إلي الستر عليها وهي زانية تدخل علي الرجل في نسبه ما ليس من صلبه ويحصل ابن الزانية بناء علي ذلك علي حقوق ليست له مثل :

حق النفقة والميراث وحرمة المصاهرة وغير ذلك من الحقوق ، والنبي صلي الله عليه وسلم قال حين نزلت آية الملاعنة : {أيما إمرأة ألحقت بقوم من ليس منهم فليست من الله في شئ ولن يدخلها جنته ... } . (١)

وإن هذه الزوجة الزانية التي تلحق بزوجها نسب غير نسبه وإبن ليس إبنه وتحتمي هذه الزانية بتلك الفتوي المذكورة ، نجد أن ابنها وليد الزنا هذا يتمتع بحقوق ليست له شرعا مثل النفقة والميراث كما أشرت آنفا ، ولكن أخطرها علي الإطلاق في رأيي هو إختلاط الأنساب ، فهو قد يتزوج مستقبلا بنت الزاني بأمه وهي في الحقيقة أخته ، غير أن ذلك يصعب أويستحيل إثباته قانونا لأنه يكون مقيدا في سجلات المواليد بإسم زوج أمه الزانية والذي خدعته أمه وألحقته به وقيدته في سجلات المواليد باسمه علي غير الحقيقة .

كما أن إبن الزنا هذا الذي ألحقته أمه بأب ليس بأبيه مستندة ومحتمية بهذه الفتوي [لو تم تطبيقها أو الأخذ بها] نجد أنه يحرم عليه الزواج ببنات أو نساء يحل له الزواج بهن مثل شقيقة الرجل الذي يعتقد أنه أبوه علي إعتبار أنها عمته كما هو مثبت بشهادة ميلاده [بفعل أمه الزانية وخديعتها لزوجها] .

١- الإرواء ٢٣٦٧ وضعيف أبي داود ٣٨٩ - من كتاب سنن ابن ماجه حديث رقم ٢٧٤٣ ص ٤٦٦ وقال ابن ماجه حديث ضعيف - باب من أنكر ولده .

ألا نري أن الأخذ بهذه الفتوي من الخطورة بحيث أنها تؤدي إلي إختلاط الأنساب وضياع حرمة المصاهرة بين الأسر المسلمة ؟؟ ٠

وهناك نقطة سلبية أخري تترتب علي الأخذ بهذا الجزء من الفتوي ألا وهي زيادة عدد أولاد الزنا وكثرتهم ٠

وفيها أيضا حث للزوجات الزانيات علي الاستمرار في خداع أزواجهن ونسبة أولاد الزنا إلي آباء غير آبائهم تحت مظلة الستر عليها وهي الزانية الفاجرة !! وتحت حماية القانون بحرمان الأزواج من الإحتكام إلي البصمة الوراثية لإثبات أن هؤلاء الأبناء ليسوا من صلب آباءهم وإنما هم أولاد زنا ٠

فأيهما أفضل للمجتمع الإسلامي التستر علي النساء الزانيات ونسبة أبناء إلي غير آبائهم وأخذهم حقوقا لا يستحقونها شرعا مثل حق النفقة والإرث وغيرها ؟ !!

أم تطهير المجتمع من هؤلاء النساء الزانيات العاهرات الفاجرات اللاتي يدخلن علي أزواجهم من ليس منهم وردعهن بهذه الوسيلة العلمية المقطوع بها وهي البصمة الوراثية التي تثبت أن هؤلاء الأبناء ليسوا من أصلابهم ؟ !! والله تعالي أعلم ٠

والسبب في تكوين هذا الرأي وهذه العقيدة لديّ هو :

أنه في هذا العصر الذي شاعت فيه الفاحشة وخربت فيه الذمم وفسدت فيه الضمائر ما أسهل علي المرأة الزانية أن تنفي تهمة الزنا عنها بأن تحلف بالله كذبا أربع مرات بأنه من الكاذبين وفي الخامسة أن غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين فإذا كان هذا يحدث في زماننا فما بالنا وقد حدث في عصر النبي صلي الله عليه وسلم وأمام النبي صلي الله عليه وسلم شخصيا وذلك في حديث هلال بن أمية حين لاعن رسول الله صلي الله عليه وسلم بينه وبين زوجته بعد أن رأي هلال بعينه زناها وسمع بأذنيه ولكن لم يكن معه بينة سوى نفسه ٠

فعند اللعان ذكر زوجته النبي صلي الله عليه وسلم وهو أعظم المخلوقات علي وجه الأرض جميعا ذكر بنفسه تلك الزوجة حين حلفت في المرة الأخيرة وقال لها :إتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأن هذه هي الموجبة التي توجب عليكِ العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت :والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين !!! ٠

ففرق رسول الله صلي الله عليه وسلم بينهما ثم قال صلي الله عليه وسلم عن هذا الجنين الذي في بطن تلك الزوجة : {إن جاءت به أصيهب أريضخ أثيبج حمش الساقين فهو لهلال ، وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به } ، فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : { لولا الأيمان لكان لي ولها شأن } ٠ (١) ولم ينسب النبي صلي الله عليه وسلم هذا المولود إلي هلال وبقي ما يدعي لأب٠ (٢)

ولكن مكمن الخطر هنا حتى لا يختلط الأمر ويفهم حاشا وكلا علي أنه إعتراض مني علي شرع الله في مسألة اللعان :

وذلك أنه بحرمان الزوج من الإحتكام إلي البصمة الوراثية لنفي أو إثبات ولده وإعطاء هذا الحق للمرأة فقط في اللجوء إلي هذه الطريقة مكمن الخطر هنا :

هو أن تحكم المحكمة بثبوت نسب الإبن إلي أبيه إن طلبت هي الإحتكام إلي البصمة الوراثية أما إذا طلب الزوج الإحتكام إلي البصمة الوراثية فلا يقبل منه طبقا لهذه الفتوي وفي هذا ما فيه من مفاسد كبيرة ، أقلها هو نسبة أبناء إلي غير

١- نيل الأوطار للشوكاني - كتاب اللعان - باب في أن اللعان يمين - حديث رقم ٢٩١٣ - ج ٦ ص ٣٢٠ ٠

٢- المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج ٩ ص ٣١ - كتاب اللعان ٠

آباءهم ومساعدة للزوجة الزانية علي الإستمرار في زناها وفجورها وهي مطمئنة تماما أن المحكمة لن تجيب طلب زوجها إلي الإحتكام إلي البصمة الوراثية تطبيقا لهذه الفتوي لو تم العمل بها لاقدر الله ٠

أما إذا تم العدول عن القول بهذه الفتوي وتعديلها إلي إباحة هذا الحق إلي الطرفين الزوج والزوجة في مسألة البصمة الوراثية فلا ضير وذلك لتطبيق شروط اللعان كما أمربها الله ورسوله وذلك بتطبيق القاعدة الهامة أنه بعد اللعان لا يتم نسبة الولد إلي أبيه وإنما ينسب إلي أمه فقط إحقاقا للحق والعدل والمساواة ذلك لأن الزوج يبتلي بقذف امرأته لينفي العار عن نفسه والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي صلي الله عليه وسلم : {أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا }وقد قال عكرمة في حديث هلال بن أمية سالف الذكر عن الولد الذي جاءت به تلك الزوجة شبيها بالذي رميت به وقال عنها النبي صلي الله عليه وسلم { لولا الأيمان لكان لي ولها شأن } ٠ قال عكرمة عن هذا المولود : فكان بعد ذلك أميرا علي مصر وما يدعي لأب ٠ (١)

وإنني بهذا الرأي لا أصدر فتوي لأنني غير مؤهلا لفتاوي من هذا الشأن ولكني أهيب بالسادة العلماء الأجلاء في أمتنا الإسلامية وهم كثير جدا بحمد الله أن يتدبروا في هذه المشكلة جيدا ويتفقوا علي كلمة سواء فيما بينهم في محاولة منهم للوصول إلي مواءمة وتوفيق ما بين منهج الشريعة الغراء وما بين التطور العلمي الهائل في إثبات ونفي النسب في عصرنا الحاضر والمتمثل في الحامض النووي dna أو ما يعرف بالبصمة الوراثية دون أن يصطدم ذلك مع آيات اللعان الكريمة الجليلة وكتاب الله وسنة رسول الله صلي الله عليه وسلم والتي نخضع لها جميعا خضوعا تاما كاملا دون أدني ذرة من شك ٠

١ـ المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج ٩ ص ٣١ ـ كتاب اللعان

ماذا لو تم الحكم بثبوت النسب مع امتناع الرجل من التحليل ؟ والرأي من تطبيقه في القضية الشهيرة :

شهدت محكمة زنانيري لشئون الأسرة بالقاهرة قضية أثارت الرأي العام والصحافة والتليفزيون والإعلام والجمهور في مصر :

فحوي هذه القضية هو : إدعاء إحدي الفتيات أنها تزوجت عرفيا من أحد الشباب وادعت أنها أنجبت منه طفلة صغيرة .

وأقامت دعواها أمام محكمة أول درجة لشئون الأسرة تطلب فيها إثبات نسب هذه الطفلة إلي أبيها ، وإدعت أنه كان هناك زواجا عرفيا يربطها بهذا الشخص .

وبناء عليه فإنها قد أقامت ضده دعوى بثبوت نسب الطفلة إليه ، ثم قام ذلك الشاب برفع دعوى ضدها بإنكار نسب هذه الطفلة إليه .

وتداولت الدعويان بالجلسات وتم ضمهما إلي بعضهما ليصدر فيهما حكما واحدا للإرتباط ووحدة الموضوع ووحدة الخصوم - وبتاريخ ٢٦ / ١ / ٢٠٠٦ قضت محكمة الخليفة لشئون الأسرة (وهي محكمة أول درجة) بالآتي :

فلهذه الأسباب : حكمت المحكمة :

أولا : في الدعوي رقم ٤٥٦ لسنة ٢٠٠٤ أسرة الخليفة برفضها وإلزام رافعها المصروفات ومبلغ خمسة وسبعون جنيها مقابل أتعاب المحاماة

ثانيا : في الدعوى رقم ٦٧٠ لسنة ٢٠٠٤ أسرة الخليفة : بإنكار نسب الصغيرة --للمدعي --- وألزمت المدعي عليها بالمصاريف ومبلغ خمسة وسبعون جنيها مقابل أتعاب المحاماة ورفضت ما عدا ذلك من طلبات .

هذا وقد أسست المحكمة حكمها هذا علي أسباب وحيثيات بيانها كالآتي :

" وحيث أنه لما كان ما تقدم وهديا بما سبق وكان الثابت من مطالعة الأوراق وسائر ما ورد بها من تحقيقات أن المدعية في الدعوي رقم ٤٥٦ لسنة ٢٠٠٤ (هذاالرقم كتب بمسودة الحكم ونسخته الأصلية علي سبيل الخطأ المادي والرقم الصحيح للدعوي المبتدئة هو ٥٤٦ لسنة ٢٠٠٤ أسرة الخليفة) أقامتها بغية القضاء لها بثبوت نسب الصغيرة ---- إلي المدعي عليه ---- وكانت المحكمة بهيئة مغايرة قد قضت وقبل الفصل في الموضوع بإحالة الدعوي إلي التحقيق لإثبات ونفي عناصرها علي النحو المبين تفصيلا بالحكم التمهيدي الصادر بجلسة ٢٨ / ٧ / ٢٠٠٥ والمحكمة إذ تحيل إليه عزوفا منها عن التكرار وقد استمعت المحكمة لشهادة كلا من ---- ، ---- ، ----

وقد خلصت المحكمة من شهادتهم أن ما وقع بين المدعية والمدعي عليه الأول هو زواج فاسد حدث بينهما والمحكمة إحقاقا منها لثبوت دعوي النسب إستمعت إلي أقوال الشهود إلا أن محصلة أقوالهم لم تثبت ذلك النسب والمحكمة بما لها من سلطة تقديرية في تقدير الدليل لا تطمئن إلي أقوالهم في شأن ثبوت واقعة النسب إذ لم يقطع أيا منهم بثبوت النسب ولو بالتسامع الأمر الذي تكون معه دعوي المدعية قائمة علي سند غير صحيح من الواقع والقانون ولا يقدح في ذلك من إحالة المحكمة بهيئة مغايرة الأوراق إلي الطب الشرعي إذ امتنع المدعي عليه عن توقيع الكشف الطبي عليه وأقر بوجود علاقة غير شرعية فيما بينه والمدعية الأمر الذي تقضي معه المحكمة برفض الدعوي

ثم استأنف الطرفان هذا الحكم أمام الدائرة رقم ١٠٠ أحوال شخصية والتي ضمت الإستئنافات إلي بعضها ليصدر فيها حكم واحد وبجلسة ٢٤ / ٥ / ٢٠٠٦ أصدرت محكمة استئناف القاهرة الدائرة رقم ١٠٠ أحوال شخصية حكمها الآتي منطوقه :

أسباب وحيثيات الحكم الإستئنافي

" بعد سماع المرافعة والإطلاع علي الأوراق والمداولة :

حيث أن الوقائع علي ما يبين من الحكم المستأنف تتحصل في أن المستأنفة رفعت الدعوي رقم ٥٤٦ سنة ٢٠٠٤ أسرة الخليفة علي المستأنف ضده للحكم بثبوت نسب إبنتها إليه وقالت شرحا لدعواها أنها تزوجت بالمستأنف ضده زواجا شرعيا في أواخر شهر ديسمبر عام ٢٠٠٣ ورزقت منه علي فراش الزوجية بالإبنة المذكورة ٠وإذ أنكر بنوته فقد أقامت الدعوي ، كما أقام المستأنف ضده الدعوي رقم ٦٧٠ لسنة ٢٠٠٤ أسرة الخليفة بإنكار نسب الصغيرة المذكورة له وعدم تعرض المستأنفة فيها له وإذ عرضت محكمة الدرجة الأولي لواقعات الخصومة ودفاع الطرفين كما أجرت تحقيقا في الدعوي قضت برفضها وبقبول دعوي المستأنف ضده ، فاستأنف المحكوم عليه قضاء الحكم فيما تضمنته الأسباب من حصول زواج فاسد وحيث أن المحكمة ناقشت الطرفين الماثلين بجلسة اليوم علي النحو المثبت بمحضر الجلسة ٠

وحيث أن الحكم المستأنف لم يقض بشئ علي المدعي عليه ، ومن ثم فلا يجوز له إستئناف ذلك الحكم وتعتبر المحكمة إستئنافه دفاعا في الدعوي ، كما أن إستئنافات المحكوم عليها تتعلق جميعا بالحكم المستأنف وقد استوفت أوضاعها القانونية ومن ثم يتعين الحكم بقبولها شكلا ، وحيث أنه لا يشترط في إثبات عقد الزواج تقديم هذا العقد بل أن يثبت بالبينة وقرائن الأحوال حصوله وحصول المعاشرة الزوجية تنفيذا له كما أنه ليس باللازم أن يشهد الشهود مجلس ذلك العقد بل يكفي أن يشهدوا بعلمهم بحصوله لأن الشهادة بالتسامع جائزة كما أن المقرر شرعا أن النسب هو حق الله تعالي وهو من النظام العام وقد جري الشارع علي إثباته حتى إذا دار الأمر بين ثبوته ونفيه ترجح جانب الإثبات

وتقبل فيه الشهادة حسبة ويغتفر فيه التناقض لما قد يصاحبه من لبس أو خفاء وتجوز فيه الشهادة بالشائع ويترتب النسب في نكاح فاسد إذ الأصل أن النسب يحتال في إثباته بما هو جائز عقلا وقبوله شرعا لحمل المرأة علي الصلاح صيانة لشرفها وشرف عشيرتها وللتستر علي الأعراض وإحياء للولد مراعاة لمصلحته ٠

وحيث أن البين من الأوراق :

سيما من مناقشة الطرفين المتنازعين بالجلسة وإقرارهما بالمعاشرة الجنسية وعاشا معا في منزل المستأنف ضده وكانت تلك المعاشرة بصفه ظاهرة أنهما زوجين وأن أقوال شهود الزوجة قد أيدوا ذلك أي حدوث الزواج وأن البنت المطلوب ثبوت نسبها قد رزقت نتيجة هذه المعاشرة الزوجية وهو ما تطمئن إليها هذه المحكمة وتتخذها سندا لحكمها فإن دعوي الزوجية تكون إستقامت علي سند سليم من الواقع والشرع الإسلامي الحنيف وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر وأعوزه الإنضباط وافتقد حسم الخصومة علي كلمة سواء فلا علي هذه المحكمة إن هي قضت بإلغائه والحكم بإجابة المستأنفة إلي ما طلبت ٠

فـلـهـذه الأسـبـاب

حـكـمـت الـمـحـكـمـة :

أولا :

بعدم جواز الإستئناف رقم ١٥٠٣ لسنة ١٢٣ ق ٠

ثانيا :

بقبول استئنافي المستأنفة شكلا ٠وفي الموضوع :بإلغاء الحكم المستأنف وبثبوت نسب الطفلة ---- إلي والدها ----- وألزمت المستأنف ضده بالمصاريف عن الدرجتين ومائة جنية أتعاب محاماة ٠ "

صدر هذا الحكم وتلي علنا بجلسة الأربعاء ٢٤ / ٥ / ٢٠٠٦ ٠

مناقشة الحكم الإستئنافي والتعليق عليه

وبمطالعة الحيثيات والأسباب التي استند إليها هذا الحكم الإستئنافي نجد أن هذا الحكم مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك للأسباب التالية :

ذلك أنه بمطالعة أقوال شهود المدعية أمام محكمة أول درجة نجد أنهم قد أقروا بوجود علاقة بين المدعية والمدعي عليه ولم يقروا بوجود زواج !!

كما لم يبين الحكم الإستئنافي عن وجود نكاح فاسد من عدمه حتى يتسرع ويحكم بثبوت نسب **الطفلة** ، والنسب وإن كان عن زواج فاسد لا يثبت النسب إلا إذا كانت الزوجية ثابتة لا نزاع فيها .

فكان علي هذه المحكمة : الحكم أولا بوجود وثبوت علاقة زوجية صحيحة أو فاسدة من عدمه ثم بعد ذلك تحكم بثبوت النسب من عدمه ...

حيث أن محكمة النقض قد قضت وحسمت هذه المسألة بقولها :

"القاعدة في إثبات النسب : أنه إذا إستند إلي زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه ... "

الطعن رقم ٥٩ لسنة ٦٦ ق أحوال شخصية جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٦٦

وعلي ضوء حكم محكمة النقض نجد أنها قد إشترطت للحكم بثبوت النسب أن يكون الزواج الصحيح أو الفاسد ثابتا أيضا ولا نزاع فيه بين أطرافه .

أما وإن هذا الحكم قد جاء خاليا من ذلك ، فإنه يكون قاصرا ومعيبا يشوبه الفساد في الإستدلال والخطأ في تطبيق القانون .

ذلك لأن هذا الحكم قد يفتح الباب علي مصراعيه لإنتشار الزنا ولإدعاءات النساء والفتيات عديمي الضمير والأخلاق لأن ينسبن أبناء لغير آبائهم .

ذلك لأنه من الممكن ومما يفهم من هذا الحكم :أن الفتاة ممكن أن تزني بشخص وتأتي بمولود فتنسبه لآخر .

كمالم يبين لنا هذا الحكم نوعية الفراش الذي كان يجمع المستأنفة والمستأنف ضده وهل هو فراش صحيح أم فاسد حتى يقضي بثبوت النسب ؟ .

فالبين من مطالعة أوراق هذه القضية أن المدعية نفسها ذكرت أن هناك ورقة زواج عرفي بينها وبين المدعي عليه ثم إستولي عليها المدعي عليه !!

ولما سألها المحقق ما هي صيغة هذه الورقة أجابت : أنه كتب الورقة وفي أول الصفحة عنوان عقد زواج عرفي ثم بعد ذلك إقرار علي نفسه بزواجه منها وترك مكان توقيع الشهود خاليا ولم يكن هناك شهود ثم إستولي علي هذه الورقة وإنني إذ أناقش هذا الموضوع في هذا البحث ديانة وإبتغاء وجه الله سبحانه وتعالي ومحاولة متواضعة مني لإظهار حكم الشريعة الإسلامية في مثل هذه الوقائع المتشابهة التي انتشرت وتفشت في المجتمع ونتج عنها ازدياد عدد المتزوجين عرفياإلي درجة كبيرة ومخيفة تهدد كيان الأسرة والمجتمع بالتحلل والإنهيار الأخلاقي بين أوساط المجتمع .

وبالعودة إلي مناقشة الحكم سالف الذكر لبيان وجه الحق فيه وبيان مخالفته لمنهج الشريعة الإسلامية الغراء أقول :

أنه لا يجوز شرعا أن يعاشر شخص امرأة بدون عقد زواج وبدون شهود وبعد أن يعاشرها ويخرجان سويا في الشوارع أو في الأماكن العامة وعندما يشاهدهما بعض أقاربهما بالصدفة البحتة ويسألونهما عن أسباب تواجدهما معا فيخبرانهما أنهما متزوجين عرفيا .

ثم عندما تنشب الخلافات بينهما ويتحرك الجنين في أحشاء تلك الفتاة تأتي بهؤلاء الناس الذين شاهدوها بالصدفة في المتنزهات والأماكن العامة مع من كان معها وقالت لهم أنه زوجها وتستشهد بهم علي أنهم شهود حقيقيين لواقعة الزواج ، وتدعي أنه كانت هناك علاقة زواج وتقوم بإحضار هؤلاء وتسمع أقوالهم علي أنهم شهود واقعة زواج لم تحدث أمامهم أمام المحكمة وتناقشهم

المحكمة وتعتبرهم المحكمة أنهم شهود عقد الزواج الذي لم يتم أصلا ٠
فأي زواج هذا وأي حكم هذا الذي ليس فيه لا حمل المرأة علي الصلاح ولا أي شئ بل هو حمل للنساء والبنات علي الزنا والفجور ٠
فإن في إثبات نسب طفل إلي رجل ليس من صلبه هو ظلم كبير لهذا الرجل وإجحاف لحقوقه ومخالفة لشرع الله وإعطاء هذا المولود حقوقا لا يستحقها مثل النفقة والإرث وغير ذلك من الحقوق بغير مقتضى شرعي ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن ابن الزنا ينسب إلي أمه ولا ينسب إلي أبيه حيث قالت محكمة النقض أن :

" النسب : ثبوته بالفراش - مؤدي ذلك - فالزنا لا يثبت نسبا "
طعن رقم ٩٦ لسنة ٩٥ ق أحوال شخصية جلسة ٣١ / ٣ / ١٩٩٢

ومما يؤكد أن إبن الزنا ينسب إلي أمه ولا ينسب إلي أبيه هو ما جري في حديث هلال بن أمية وذلك حين لاعن الرسول صلي الله عليه وسلم بينه وبين زوجته وإتضح بعد ولادتها أن المولود يشبه الشخص الذي رميت به فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم حينئذ : { لولا الأيمان لكان لي ولها شأن } (١)
ولم ينسبه النبي صلي الله عليه وسلم إلي أبيه وجاء في المغني أن هذا المولود كان بعد ذلك أميرا علي مصر وما يُدعي لأب ٠ (٢)
وأن ابن الزنا ينسب لأمه ولا ينسب إلي الزاني ويؤكد ذلك الحديث الشريف وما جاء في مسألة هلال إبن أمية سالف الذكر وقد ذكرت هذا الحديث تفصيلا في مبحث اللعان فليرجع إليه من أراد قراءته علي وجه التفصيل ٠

١- رواه أحمد وأبو داود - ضعيف أحمد ١ / ٢٣٩ وأبو داود ٢٢٥٦ والحديث من كتاب نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٢٠ - كتاب اللعان ٠

٢- المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج ٩ ص ٣١ - كتاب اللعان ٠

كما أن هناك حكما لمحكمة النقض تقرر بـه هذا المبدأ الشرعي حيث حكمت محكمة النقض بأن :

" النسب يثبت للفراش وأن الزنا لا يثبت نسبا ... "

طعن رقم ١٦٩ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ٢٢ / ٤ / ١٩٩٦

وعلي ذلك فإننا نجد أن هذا الحكم الإستئنافي وحكم أول درجة قد خالفا أبسط قواعد الشريعة الإسلامية في هذه المشكلة .

فحكم أول درجة قضي بوجود زواج فاسد ولم يبين لنا هذا الحكم نوعية الفساد الحاصل في هذا الزواج حتى يقضي بأن هناك زواجا فاسدا ؟

فإذا كانت محكمة أول درجة قد إرتكنت في حكمها علي أن هذا الزواج موضوع هذه الدعوى هو زواج فاسد لم يحضره شهود فإن المحكمة قد أخطأت وخانها التوفيق في تطبيق شرع الله والقانون علي هذه الواقعة ، ذلك أنه عند فقهاء المذاهب الأربعة نجد أنهم يشترطون في الشهود أن يشهدوا واقعة عقد الزواج نفسه .

حتى الأحناف الذين قالوا بأن الزواج الذي لم يحضره شهود هو زواج فاسد من الجائز أن يثبت به النسب إحتياطا في الأنساب وإحياء للولد فإنهم قد أوجبوا للعمل بهذه القاعدة أن يكون هناك عقد زواج بمعني الكلمة حتى وإن كان غير مكتوب ، بمعني أن يكون هناك إستكمال لأركان عقد الزواج وهو الإيجاب والقبول أو ما يعبر به بصيغة عقد الزواج أو أركان عقد الزواج .

فبدون هذه الصيغة لا يكون هناك زواج حتي وإن حضره شهود فما بالنا إذا لم يكن هناك شهود حاضرين .

إن هذا هو الزنا بعينه وإن القول بغير ذلك هو قول بالأفكار العلمانية التي ما تفتئ دائما أن تحاول هدم هذا الدين بأيدي أبنائه .

والصيغة هي الإيجاب والقبول والإيجاب يكون من ولي الزوجة عند الجمهور أو من الزوجة نفسها إن كانت بالغة عاقلة عند الأحناف وذلك كأن يقول ولي الزوجة زوجتك أو أنكحتك إبنتي فلانة أو كما هو مقرر في مذهب الأحناف : تقول المرأة زوجتك أو أنكحتك نفسي ، أما القبول : فهو من الزوج كأن يقول لولي الزوجة علي مذهب الجمهور قبلت نكاحها أو قبلت زواجها ، وعلي مذهب الأحناف يقول الزوج للمرأة قبلت نكاحك أو قبلت زواجك ، ولا يشترط تقديم الإيجاب علي القبول ولا تقديم القبول علي الإيجاب عند جمهور الفقهاء • فلو قال الزوج للولي :زوجني ابنتك وقال الولي قبلت زواجك صح عقد النكاح وذلك لحصول المقصود حيث وجد الإيجاب والقبول وذلك عند مالك وأبو حنيفة والشافعي وقال الإمام أحمد بن حنبل لا يصح تقديم القبول علي الإيجاب لأن القبول إنما يكون للإيجاب فمتي وجد قبله لم يكن قبولا • (١)

حكمة تشريع الصيغة في عقد الزواج :

إن عقد الزواج من العقود التي يستلزم فيها حصول الرضا من العاقدين ولما كان الرضا من الأمور النفسية الخفية التي لا يطلع عليها أحد من البشر فقد اعتبر الشرع أن الإيجاب والقبول دليل ظاهر علي رضا الطرفين •

شروط الصيغة في عقد الزواج :

أولا : إتحاد مجلس العقد :

بمعني أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول بكلام أجنبي أو بما يعد في عرف الناس إعراض عنه ، فلو فصل بينهما بفاصل طويل لم يصح العقد لأنه يشعر بالإعراض وهذا عند الشافعية ومن نهج نهجهم • (١)

١- المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٥٣٤ ومغني المحتاج ج ٣ ص ١٣٩ و ١٤٠

٢- مغني المحتاج ج ٣ ص ١٣٨ و ١٣٩

ويري الحنفية والحنابلة أنه لوطال المجلس وتراخي القبول عن الإيجاب ولم يصدر منهما ما يدل علي الإعتراض فالمجلس متحد فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب ٠ (١)

ثانيا : ألا يخالف القبول الإيجاب :

فلو قال الولي زوجتك ابنتي علي مهر قدره ثلاثة ألاف جنيه فقال الزوج قبلت زواجها علي مهر قدره ألفين جنيه لم يصح العقد ٠

فإذا كانت المخالفة إلي ما هو أفضل صح العقد مثل أن يقول الولي زوجتك إبنتي علي مهر قدره ألف جنيه فيقول الزوج قبلت زواجها علي مهر قدره ألفين جنيه في هذه الحالة يصح العقد ٠

ثالثا : بقاء أهلية العاقدين إلي أن يتم القبول :

فلو قال ولي الزوجة زوجتك بنتي فلانة وقبل أن يصدر القبول جن الولي أو أغمي عليه فقال الزوج قبلت الزواج لم يصح العقد وذلك لأن الإيجاب بطل حكمه حين زال عقل الولي فإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب ٠ (٢)

رابعا : أن تكون الصيغة منجزة :

وذلك بمعني ألا تكون الصيغة مقيدة بقيد من القيود وذلك مثل أن يقول ولي الزوجة زوجتك ابنتي فيقول الزوج قبلت الزواج فهذا الزواج منجز حيث أنه غير مقيد بشئ وحكم هذا العقد :أنه إذا استوفي الشرائط صح وترتبت عليه آثاره ، فإن كانت الصيغة مقيدة بقيد من القيود بأن كانت الصيغة مضافة إلي المستقبل كأن يقول الولي للزوج إذا جاء شهر رمضان فقد زوجتك إبنتي فقال الزوج تزوجتها فلا يصح العقد في هذه الحالة لأن الإضافة إلي

١- المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٥٣٥ وفقه السنة ج ٢ ص ١٦١

٢- المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٥٣٥

المستقبل تنافي عقد الزواج الذي يوجب تمليك الإستمتاع في الحال • وكذلك لا ينعقد العقد إذا كانت الصيغة معلقة علي شرط مثل أن يقول الولي للزوج إن نجحت إبنتي في الإمتحان فقد زوجتك إياها فقال الزوج قبلت زواجها فلا يصح العقد لأن إنشاء العقد معلق علي شئ قد يكون في المستقبل فهو معدوم الآن والمعلق علي المعدوم معدوم • (١)

وإنني إذ أتسائل سؤال في غاية الأهمية إلي قاضي محكمة أول درجة الذي قضي في هذه القضية بأن هناك زواج فاسد هل بعد ما إستبان له من خلال أقوال الشهود أنهم لم يحضروا مجلس العقد ولم يسمعوا أن هناك إيجاب وقبول قد صدر من المدعية أو المدعي عليه وقد أقرت المدعية بنفسها في أقوالها أنه لم يكن هناك شهود حاضرين لمجلس العقد وإنما قام المدعي عليه بكتابة إقرار علي نفسه بأنه قد تزوجها عرفيا وترك مكان إمضاء الشهود فارغا ولم يكن هناك شهود • • •

فبالله عليك كيف قد حكمت أيها القاضي بأن هناك زواجا فاسدا وقد استبان لك من أقوال الشهود وأقوال المدعية بنفسها أنه لم يكن هناك ثمة شهود علي الإطلاق حاضرين مجلس العقد المزعوم فكيف إستساغ لك القول بوجود عقد فاسد مبني علي شهادة شهود لم يحضروا مجلس العقد بإقرار المدعية ذلك ؟ ؟

ثم هناك سؤال آخر أكثر أهمية وأكثر خطورة أتوجه به إلي من اصدر هذا الحكم :

هل ناقشت المحكمة المدعية والمدعي عليه في مسألة توافر الإيجاب والقبول وهي الصيغة في عقد الزواج ؟

والتي هي من المقرر شرعا أنها ركن أساسي في الشريعة الإسلامية إذ أن

١- الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ١٧٢ وما بعدها

الفقهاء جميعا قـد إتفقوا علي أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج حيث أن هذين اللفظين وردا في القرآن الكريم قال تعالي : {ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء } • (١) وقال الحق سبحانه وتعالي : {فلما قضي زيد منها وطرا زوجناكها } • (٢) ولا ينعقد النكاح بغير هذين اللفظين الإنكاح والتزويج عند الحنابلة والشافعية وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة وقال به الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيده وداود حيث ذكروا أنه : ينعقد النكاح بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك • (٣)

والسؤال هو :

هل محكمة أول درجة حين حكمت حكمها بأن هناك زواجا فاسد كان بين المدعية والمدعي عليه في هذه الدعوي هل سألت المحكمة المدعية والمدعي عليه عن توافر ركن الصيغة من إيجاب وقبول بين الطرفين ؟ ؟ •

وهل سألت المحكمة ممن كان الإيجاب وممكن كان القبول وهل كان الإيجاب أولا من المدعية أم من المدعي عليه ؟ ؟ •

وهل كانت شروط الصيغة متوافرة من عدمه ؟ مثل إتحاد مجلس العقد وغيرذلك من الشروط التي ذكرتها آنفا •

ومن المعلوم بالضرورة أن توافر الصيغة من إيجاب وقبول بشروطهما ركن هام من أركان عقد الزواج ، فإذا إنعدم وجود الصيغة إنعدم وجود الزواج •

إن المحكمة وإذ لم تبين لنا توافر هذه الصيغة من عدمه فيكون حكمها خاطئ مخالف للشرع والقانون •

١- سورة النساء آية رقم ٢٢

٢- سورة الأحزاب آية رقم ٣٧

٣- المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٥٣٢ و ٥٣٣ وأنظر أيضا الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ١٧٥

فهل يعقل أن تحكم المحكمة بوجود علاقة زوجية بمجرد أن شخصا ما يخرج ورقة من جيبه ويكتب فيها أنه تزوج هذه المرأة فيحكم القاضي أنهما بذلك أصبحا زوجين وذلك من غير أن تتوافر لهذه الورقة شروط عقد الزواج ولا أركانه ولا إيجاب ولا قبول ولاغيره ٠

إن هذا الحكم بهذه الصورة والكيفية التي صدر بها قد يرسخ هذا المفهوم وقد يروج له ويساعد علي انتشار الزواج العرفي الباطل شرعا ٠

وهذه المرأة سوف تستند في ادعائها هذا إلي أنه كان معها ورقة زواج عرفي فقدت منها !!! وأن الشخص الذي تدعي نسبة الجنين منه قد كتب ورقة عرفية يقر فيها بأنه متزوج بها وأن هذه الورقة قد فقدت منها أو أنه إختلسها منها ٠

ثم تحضر إلي المحكمة بفلانة وفلان يشهدون أنهم شاهدوها هي وهو في الأماكن العامة والمتنزهات ويركبان السيارة وقد سألتها فلانة وسألها فلان وفلان عن سبب تواجدها مع هذا الرجل فأخبرتهم أنه زوجها فتأخذ بكلامهم المحكمة وتحكم بأن هذا الهراء هو زواج فاسد وأن المولود الذي ولدته هو إبن ذلك الرجل وليس إبن زنا ٠

وهذا الحكم الإستئنافي الصادر بجلسة ٢٤ / ٥ / ٢٠٠٦والذي قضي بثبوت نسب الطفلة ---- إلي أبيها : قد استند في أسبابه وحيثياته إلي أسباب غير شرعية إذ قرر في الصفحة الثالثة منه أنه ليس باللازم أن يشهد الشهود مجلس العقد بل يكفي أن يشهدوا بعلمهم بحصوله لإن الشهادة بالتسامع جائزة ٠٠٠إلخ وغفلت المحكمة إلي التقرير بأن سماعها للشهود حتي ولو بالتسامع أن يشهدوا بعلمهم بحصول العقد دون أن تتطرق إلي أن هذا العقد نفسه كان عليه شهود من عدمه وإذا لم يكن علي هذا العقد شهود وإعتبرته زواجا فاسدا فهل تحققت المحكمة من إنعقاد العقد نفسه وتوافر ركن الإيجاب والقبول فيه ٠

إن المحكمة لم تتعرض لهذه المسألة مطلقا !! ومعلوم أن صيغة عقد الزواج من إيجاب وقبول بين المرأة والرجل حتي في المذهب الحنفي لابد من توافرها بكامل شروطها المذكورة آنفا حتي يمكن القول بأن هناك إيجاب وقبول قد تم بين الرجل والمرأة ٠

فإذا لم يكن هناك إيجاب ولا قبول ولم تتوافر الصيغة بكافة أركانها الشرعية فلا يكون هناك زواج مطلقا وهو ما أجمع عليه جميع فقهاء المذاهب الأربعة

هـل أخـطـأ الـقـاضـي :

إنني أري أن هذا الحكم غير سديد ٠٠ وأن القاضي قد أخطأ في حكمه هذا ثم وهل يحق للقاضي بعد أن أقرت أمامه المدعية شخصيا أن علاقتها بالمدعي عليه هي علاقة زواج بورقة عرفية موقع عليها منه ومنها فقط "حسبما هو موضح بأوراق الدعوي وما جاء بحيثيات وأسباب الحكم " ٠

هل يحق له بعد ذلك أن يحكم بثبوت نسب هذه الطفلة إلي المدعي عليه دون أن يثبت أن هناك زواجا شرعيا صحيحا أو فاسدا ؟ وإن كان فاسدا ما هي نوعية هذا الفساد ؟ فأنواع العقد الفاسد معروفة !! ٠

ثم هل يحق له بعد ذلك أن يحكم بثبوت نسب هذه الطفلة للمدعي عليه بعد أن أقرت المدعية أمام المحكمة بأن ما بينها وبين المدعي عليه لم يكن سوي ورقة مكتوبة أسمتها هي بالزواج العرفي ؟ ؟ ٠

وذلك من غير أن يكون هناك إيجاب أو قبول أو إعمال لشرط الصيغة في عقد الزواج أو تطبيق شروط هذه الصيغة فهي لم تذكرها مطلقا لا في أول درجة ولا في ثاني درجة ٠

والقاضي لم يسألها عن ذلك مما يجعل الحكم مخالفا لأحكام الشريعة الغراء إذ أنه من المعروف ومن المقرر في فقه الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الرئيسي للتشريع في مصر أن عقد الزواج لابد لحصوله من توافر ركن

الصيغة وهي الإيجاب والقبول إذ إعتبر الشرع الإيجاب والقبول دليلا ظاهرا علي رضا الطرفين ٠(١)

وهل كانت هذه الصيغة أو هذا الإيجاب والقبول قد إستوفي شروطه من إتحاد مجلس الإيجاب والقبول وأن الصيغة منجزة وأن لا تكون مضافة إلي المستقبل أو معلقة علي شرط وغيرها حيث أن المعلق علي المعدوم معدوم ٠ (٢)

فهل المحكمة إستبانت من كل ذلك حتى أصدرت حكمها المذكور ؟؟

إنني بمطالعتي للحكم الإستئنافي الذي قضي بثبوت نسب هذه الطفلة للمستأنف ضده لم أجد أية إشارة من قريب أو بعيد إلي ذلك ٠

ثم هناك نقطة هامة أخري :

وهي أن المحكمة لم تبين لنا حين قررت بوجود زواج شرعي هل هذا الفراش هو فراش صحيح أو فاسد وما هونوع هذا الفساد حتي تحكم بثبوت النسب خطة وأن هذه المحكمة قد وجهت إنتقادات إلي محكمة أول درجة وقالت في الصفحة الرابعة من الحكم :

"وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر وأعوزه الإنضباط وافتقد حسم الخصومة علي كلمة سواء فلا علي هذه المحكمة إن هي قضت بإلغاءه والحكم بإجابة المستأنفة إلي ما طلبت " ٠

فهل يا تري بعد كل ما ذكرته آنفا بشأن هذا الحكم ألا يكون من الإنصاف أيضا القول : أن هذا الحكم الإستئنافي أيضا قد أعوزه الإنضباط وافتقد حسم الخصومة علي الوجه الشرعي الصحيح وما كان له أن يصدر ؟ ؟ ٠

فكيف يتم الفصل في ثبوت نسب قبل الفصل في ثبوت العلاقة الزوجية وبيان نوع هذه العلاقة ونوع هذا الفراش وبيان صحته من فساده من عدمه ؟؟

١و٢ ـ الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي المرجع السابق ص ١٧٤

ومحكمة النقض تقول :

" والقاعدة في إثبات النسب أنه إذا إستند إلي زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية وهي علي من إدعي "

طعن رقم ٢٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢١ / ٥ / ١٩٧٨

وأيضا قصت محكمة النقض المصرية بما يلي :

"ثبوت النسب المستند إلي الزواج الصحيح أو الفاسد شرطه أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه ٠٠٠ "

طعن رقم ٥٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٩٦

خـــــاتـــــمــــــة

لقد انتشرت ظاهرة الزواج العرفي في أيامنا هذه انتشارا كبيرا وخاصة بين أوساط طلبة وطالبات الجامعات حتى أصبحت ظاهرة خطيرة قد تمثل كارثة علي الأسر والمجتمعات بصفة عامة بل تعدي الأمر إلي أن تفشت هذه الظاهرة بين أوساط الكثير من شرائح المجتمع ٠

ووصل الأمر بهؤلاء إلي أنهم استغلوا رأي فقهاء الحنفية في إجازتهم لتزويج المرأة نفسها استقلالا عن الأولياء واستغلوها استغلالا سيئا دون مراعاة للشروط والضوابط التي وضعها الحنفية من وجوب الكفاءة ومهر المثل وغير ذلك من القيم النبيلة والمعاني السامية والضمائر الحية التي كانت تسود أوساط المجتمع في زمن هؤلاء الفقهاء من أئمة المذهب الحنفي المحترمين المعتبرين والمخلصين لدينهم ٠

أما وقد صرنا في هذا الزمان الذي فسدت فيه الكثير من الذمم وخربت الضمائر واختلط الحابل بالنابل حتى وصلنا إلي حالة من الانهيار الخلقي يمكن معها القول باطمئنان أنه لا مجال اليوم في ظل ما سبق ذكره للقول بمذهب الحنفية وإنما يجب علينا الأخذ برأي الجمهور من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في عدم تجويز المرأة أن تزوج نفسها إلا بولي وذلك للحديث الصحيح {لا نكاح إلا بولي} ٠

كما أنه يجب ألا يعتد بأي زواج يتم دون وثيقة علي يد المأذون المختص وعدم ترتيب أي أثر قانوني عليه لأن ذلك فيه طاعة لولي الأمر وفيه محافظة علي حقوق المرأة نفسها من نفقه ومسكن وإثبات نسب لأولادها وخلافه ٠

وقد تقدمت بين يدي حضراتكم بهذا البحث المتواضع سائلا المولي عز وجل أن يكون الجهد الذي بذلته فيه خالصا لوجهه تعالي خاليا من أي شبهة للنفاق والرياء ٠

فإن الله سبحانه وتعالي طيب لا يقبل إلا ما كان خالصا لوجهه سبحانه وإن كان هناك خطأ فمني ومن الشيطان وإن كان صوابا فمن الله تعالي برحمته وتوفيقه وفضله •

وإنني إذ في هذه الخاتمة أركز علي جميع التوصيات والمقترحات التي جاءت بصلب هذا البحث ومن أهمها :

الالتزام بالضوابط الشرعية عند المرأة والرجل في أماكن العمل ودور العلم وغيرها للتعايش بعفة وطهر ورضا من الله مع هذا الاختلاط بين الجنسين الذي أصبح لا مفر منه في هذه الأيام •

كما أنه من التوصيات الهامة التي وردت بصلب البحث هو تفعيل دور الأسرة وتشديد الرقابة علي الأبناء والبنات •

أيضا تفعيل دور الإعلام وتوجيهه إلي الوجهة الصحيحة بمنع ما يثير الغرائز والشهوات لدي الشباب والبنات إلي غير ذلك من الأمور •

أيضا قمت بالتركيز علي مقترحات هامة بتعديل وإلغاء بعض فقرات القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية والتي ساعدت علي تفشي هذه الظاهرة وبينت ذلك تفصيلا في صلب هذا البحث •

أيضا تقدمت بمقترحات حول قصور التشريع عن معالجة هذه الظاهرة وهي ظاهرة الزواج العرفي وتقدمت باقتراحات بإصدار وتعديل القوانين المناسبة التي تنظم مهنة الطب لتشديد العقوبة علي العيادات التي تساهم في انتشار هذه الظاهرة من خلال ممارستها لعمليات ترقيع غشاء البكارة وعمليات الإجهاض لهؤلاء الفتيات المتزوجات عرفيا •

وفي الختام أتوجه إلي الله سبحانه وتعالي بخالص الدعاء أن يغفر لي ولكل من يقرأ هذا البحث فقد ورد في الحديث القدسي الكريم :

{ يا ابن أدم إنك ما دعوتني ورجوتني غفرت لك علي ما كان منك ولا أبالي يا ابن أدم لو بلغت ذنوبك عنان السماء ثم استغفرتني غفرت لك ، يا ابن أدم لو أتيتني بقراب الأرض خطايا ثم لقيتني لا تشرك بي شيئا لأتيتك بقرابها مغفرة }

رواه الترمذي عن أنس بسند صحيح وحسنه الألباني في صحيح الجامع (٤٣٨٨) .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ،

والله من وراء القصد وهو الهادي إلي سواء السبيل ،،

المؤلف

المـــــراجـــع

أولا : القرآن الكريم :

١ - الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي

للإمام : محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبوفرح القرطبي أبو عبد الله المتوفي سنة ٦٧١ هجرية - الناشر دار الشعب بالقاهرة - الطبعة الثانية سنة ١٣٧٢ هجرية ٠

٢ - أحكام القرآن

لأبي بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي - المتوفي سنة ٥٤٣ هجرية - الطبعة الأولي - مطبعة عيسي الحلبي - سنة ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م ٠

٣ - تفسير الجلالين

للإمامين : جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي كتاب الشعب - مطبعة الشعب - رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ٥٨٠١ لسنة ١٩٧٠ ٠

٤ - تفسير الطبري

للإمام : محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر المتوفي سنة ٣١٠ هجرية الناشر دار الفكر ببيروت طبعة سنة ١٤٠٥ هجرية ٠

٥ - تفسير القرآن العظيم

للإمام : إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء - المتوفي سنة ٤٧٤ هجرية - طبعة دار الفكر ببيروت لسنة ١٤٠١ هجرية ٠

٦- في ظلال القرآن

للمرحوم سيد قطب - الطبعة الشرعية الأولي لسنة ١٩٧٢ - الطبعة الثالثة والثلاثون - طبعة دار الشروق بالقاهرة لسنة ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م ٠

ثانيا : السنة النبوية المطهرة :

١- التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح - مختصر صحيح البخاري -

للإمام : أبي العباس أحمد الزبيدي - تحقيق عماد عامر - طبعة سنة ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٥ م رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ٧٣٠٠ لسنة ٢٠٠٥ م .

٢ - رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين

للإمام : أبي زكريا يحي بن شرف النووي - المتوفي سنة ٦٧٦ هجرية - تحقيق محمد صلاح حلمي - طبعة مكتبة الرحاب خلف الجامع الأزهر بمصر - الطبعة الأولي طبعة ٢٠٠٦ رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ١٧٧٥٤ لسنة ٢٠٠٦ .

٣ - سبل السلام الموصلة إلي بلوغ المرام

للإمام : محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني - المتوفي سنة ٨٥٢ هجرية - طبعة مجموعة شركات الفجر للطباعة - والكتاب مكون من مجلد واحد - رقم الإيداع بدار الكتاب المصري ١٩١٠٣ لسنة ٢٠٠٣ م .

٤- سنن أبي داود

للإمام : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي - المتوفي سنة ٢٧٥ هـ طبعة دار الفكر بمصر - ومكون من أربعة أجزاء - اسم المحقق محمد محي الدين عبد الحميد

٥ - سنن ابن ماجه

لأبي عبد الله بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه - المتوفي سنة ٢٧٥ هجرية - تعليق علي الأحاديث للعلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني - اعتناء وتنظيم أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان - طبعة مكتبة المعارف للنشر والتوزيع لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد الرياض السعودية - الطبعة الأولي لسنة ١٤٠٧ هجرية .

٦ - سنن البيهقي الكبري

للإمام : أحمد بن الحسين بن علي بن موسي أبو بكر البيهقي - المتوفي سنة ٤٥٨ هجرية الناشر مكتبة دار الباز بمكة المكرمة - طبعة سنة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م - اسم المحقق : محمد عبد القادر عطا .

٧- سنن الترمذي

الجامع الصحيح للترمذي - للإمام : محمد بن عيسي أبو عيسي الترمذي السلمي - المتوفي سنة ٢٧٩ هجرية - عدد الأجزاء ٥ أجزاء - دار النشر : دار إحياء التراث العربي ببيروت اسم المحقق : أحمد محمد شاكر وآخرون ٠

٨ - سنن الدارقطني

للإمام علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي المتوفي سنة ٣٨٥ هجرية - الناشر دار المعرفة ببيروت - سنة النشر ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م - اسم المحقق : السيد عبد الله هاشم يماني مدني ٠

٩- سنن النسائي - المجتبي

للإمام الجليل : أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي - المتوفي سنة ٣٠٣ هجرية - الناشر : مكتب المطبوعات الإسلامية بمدينة حلب بسوريا - الطبعة الثانية - اسم المحقق عبد الفتاح أبو غدة طبعة سنة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ٠

١٠ - شرح صحيح النووي علي شرح صحيح مسلم

للإمام : أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي - المتوفي سنة ٦٧٦ هجرية - الناشر دار إحياء التراث العربي ببيروت سنة النشر ١٣٩٢ هجرية الطبعة الثانية ومكون من ٨ أجزاء ٠

١١ - صحيح البخاري

للإمام : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي - المتوفي سنة ٢٥٦ هجرية - الناشر دار ابن كثير واليمامة ببيروت الطبعة الثالثة - سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م - اسم المحقق : دكتور مصطفي ديب البغا ٠

١٢ - صحيح ابن حبان

للإمام : محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي - المتوفي سنة ٣٥٤ هجرية - الناشر مؤسسة الرسالة ببيروت - الطبعة الثانية سنة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م - اسم المحقق : شعيب الأرنؤوط - وهو مكون من ١٨ جزء ٠

١٣ ـ صحيح مسلم

للإمام : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسن حافظ ـ المتوفي سنة ٢٦١ هجرية ـ بشرح النووي ـ للإمام يحي بن شرف بن مري حسن بن حسين بن حزم النووي الشافعي أبو زكريا محي الدين ـ تحقيق وإشراف : عبد الله أحمد أبو زينة ـ كتاب الشعب ـ مطبعة الشعب ٠

١٤ ـ فتح الباري في شرح صحيح البخاري

للإمام أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ـ المتوفي سنة ٨٥٢ هجرية ـ طبعة سنة ١٣٧٩ هجرية ـ الناشر : دار المعرفة ببيروت ومكون من ١٣ جزء ٠

١٥ ـ مختصر سنن أبي داود

للإمام : زكي الدين أبي محمد عبد العظيم بن عبد القوي المنذري المتوفي سنة ٦٥٦ هجرية ومعه معالم السنن للخطابي ، وتهذيب السنن لابن القيم ـ طبعة مطبعة أنصار السنة المحمدية لسنة ١٣٦٩ هـ ـ ١٩٥٠ م ٠

١٦ ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل

للإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني ـ المتوفي سنة ٢٤١ هجرية ـ الناشر مؤسسة قرطبة بالقاهرة ومكون ستة أجزاء ٠

١٧ ـ نيل الأوطار شرح منتهي الأخبار

للإمام : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ـ المتوفى سنة ١٢٥٥ هجرية ـ طبعة مكتبة الإيمان بالمنصورة ـ الطبعة الأولي ١٤١٩ هـ ـ ١٩٩٩م ٠

ثالثا : الفقه الإسلامي :

أ ـ مذهب الإمام أبي حنيفة :

١ ـ المبسوط

للإمام الجليل : شمس الدين السرخسي ـ طبعة دار المعرفة ببيروت ـ طبعة سنة ١٤٠٦ هجرية ومكون من ٣٠ جزء ٠

٢- بدائع الصنائع

للإمام : علاء الدين الكاساني - المتوفي سنة ٥٨٧ هجرية - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢ م طبعة دار الكتاب العربي ببيروت ومكون من ٨ أجزاء .

٣ - تهذيب الكمال

للإمام : يوسف بن الزكي عبد الرحمن أبو الحجاج المزي - المتوفي سنة ٧٤٢ هجرية الناشر مؤسسة الرسالة ببيروت - الطبعة الأولي سنة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م اسم المحقق دكتور بشار عواد معروف .

٤- رد المحتار علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين

للإمام : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المتوفي سنة ١٢٥٢ هجرية - طبعة المطبعة الكبري الأميرية بالقاهرة - طبعة سنة ١٣٢٣ هجرية .

٥ - مختصر الطحاوي

لأبي جعفر أحمد بن سلامة الحنفي الطحاوي - المتوفي سنة ٣٢١ هجرية - مطبعة دار الكتاب العربي بالقاهرة - سنة ١٣٧٠ هجرية .

٦- شرح فتح القدير

للإمام : كمال الدين محمد ابن عبد الواحد ابن الهمام - المتوفي سنة ٨٦١ هجرية - ومعه شرح العناية علي الهداية للبابرتي - الطبعة الأولي - مكتبة مصطفي الحلبي - طبعة سنة ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .

٧ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

للإمام : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - المتوفي سنة ٧٤٣ هجرية - طبعة المطبعة الأميرية بمصر - طبعة سنة ١٣١٥ هجرية .

ب - مذهب الإمام مالك :

١ - الشرح الكبير المسمي فتح القدير علي مختصر خليل

للإمام الشيخ : أحمد بن محمد الدردير المتوفي سنة ١٢٠١ هجرية - ومعه حاشية محمد بن عرفة الدسوقي - المتوفي سنة ١٢٣٠ هجرية - طبعة مطبعة عيسي الحلبي

٢ ـ الفروق : أوأنواء البروق في أنواء الفروق

للإمام : شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ـ المتوفي سنة ٦٨٤ هجرية طبعة مطبعة عيسي الحلبي لسنة ١٣٤٤ هجرية ٠

٣ ـ المدونة الكبري

للإمام : مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ـ المتوفي سنة ١٧٩ هجرية ـ الناشر دار صادر ببيروت ـ عدد الأجزاء ستة عشر جزءا ٠

٤ ـ الموطأ

للإمام : مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ـ المتوفي سنة ١٧٩ هجرية ـ ومكون من جزعين الناشر : دار إحياء التراث العربي بمصر ـ اسم المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي ٠

٥ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للإمام : القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي المعروف بابن رشد الحفيد ـ طبعة مكتبة الشروق الدولية ـ طبعة ١٤٢٥هجرية

٦ ـ القوانين الفقهية

للإمام : أبي القاسم محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي المالكي ـ المتوفي سنة ٧٤١ هجرية طبعة مطبعة النهضة بتونس ـ طبعة سنة ١٩٢٦ م ٠

ج ـ مذهب الإمام الشافعي :

١ ـ الأم

للإمام محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله ـ المتوفي سنة ٢٠٤ هجرية ـ الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ هجرية الناشر دار المعرفة ببيروت ومكون من ٨ أجزاء

٢ ـ الرســـــالة

للإمام محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي ـ المتوفي سنة ٢٠٤ هجرية ـ طبعة سنة ١٣٥٨ هجرية ـ ١٩٣٩م مكون من جزء واحد ـ المحقق أحمدشاكر

٣ ـ متن الإرشاد في فقه مذهب الإمام الشافعي

للإمام : شرف الدين أبو محمد إسماعيل بن أبي بكر ـ المعروف بابن المقري ـ المتوفي سنة ٨٣٧ هجرية ـ طبعة المطبعة الميمنية سنة ١٣٢٠ هجرية ٠

٤ ـ المهذب للشيرازي

لجمال الدين أبو اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي المتوفي سنة ٤٧٦ هجرية ـ طبعة دار الكتب العربية ـ طبعة سنة ١٣٣٣ هجرية ٠

٥ ـ نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج

للإمام : شمس الدين محمد الرملي ـ المتوفي سنة ١٠٠٤ هجرية ـ طبعة مكتبة ومطبعة مصطفي الحلبي ـ طبعة سنة ١٣٥٧ هـ ـ ١٩٣٨ م ٠

٦ ـ مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج

لمحمد الشربيني الخطيب ـ المتوفي سنة ٩٩٧ هجرية ـ طبعة مطلعة مصطفي الحلبي ـ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ ١٩٣٣ م ٠

د ـ مذهب الإمام أحمد بن حنبل :

١ ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية

للإمام : شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن القيم الجوزية ـ المتوفي سنة ٥٧١ هجرية ٠

٢ ـ المغني

للإمام : موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المتوفى سنة ٦٢٠ هـ ومعه الشرح الكبير ـ للإمام : شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسى المتوفى ٦٨٢ هجرية ـ طبعة دار الغد العربي ١٤١٤ هـ

٣ ـ زاد المعاد في هدي خير العباد

للإمام : شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن القيم الجوزية ـ المتوفي سنة ٥٧١ هجرية ـ تحقيق لجنة التحقيق بمؤسسة السمري للطباعة والنشر طبعة دار التقوي للتراث ـ الطبعة الأولي ١٤٢٠ هـ ـ ١٩٩٩ م ٠

٤ ـ فتاوى النساء

لشيخ الإسلام : تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ـ المتوفي سنة ٧٢٨ هجرية تحقيق حامد أحمد الطاهر ـ رقم الإيداع بدار الكتب ٩٧٩٢ لسنة ٢٠٠٤ م

٥ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع

للإمام : منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي ـ المتوفي سنة ١٠٥١ هجرية ـ وبهامشه شرح منتهي الإرادات للبهوتي ـ الطبعة الأولي ـ المطبعة الشرقية بالقاهرة ـ طبعة عام ١٣١٩هـ

٦ ـ منتهي الإرادات في جمع المقنع من التنقيح وزيادات

لأبي البقاء تقي الدين محمد ابن أحمد المعروف بابن النجار المتوفي سنة ٩٧٢ هجرية ـ مطبعة دار العروبة بالقاهرة ـ طبعة سنة ١٣٨١ هـ ـ ١٩٦٢م ٠

هـ ـ مذهب الشيعة الإمامية :

١ ـ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام

للعلامة جعفر بن الحسن بن يحي نجم الدين أبو القاسم المعروف بالحلي ـ المتوفي سنة ٦٧٦مطبعة النجف الأشرف ـ الطبعة الأولي لسنة ١٩٦٩ م ـ تحقيق : الحسين محمد علي الحلي

٢ ـ فروع الكافي

لمحمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني ـ المتوفي سنة ٣٢٩ هجرية ـ تحقيق : محمد جواد الفقيه ـ طبعة دار الأضواء ببيروت ـ الطبعة الأولي لسنة ١٩٩٢ م ٠

٣ ـ تذكرة الفقهاء

لجمال الدين الحسن ابن يوسف ابن مظهر الحلي ـ المتوفي سنة ٧٢٦ هجرية ـ طبعة ٢ـ

٤ ـ المختصر النافع في فقه الإمامية

لابن الحسن الحلي ـ طبعة دار الكتاب العربي بمصر ـ مطبعة النجف الأشرف لسنة ١٣٧٥ هجرية ٠

و ـ مذهب الشيعة الزيدية :

البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار

للإمام : أحمد بن يحي بن المرتضي ـ المتوفي سنة ٨٤٠ هجرية ـ طبعة مكتبة الخانجي لسنة ١٢٦٧ هـ ـ ١٩٤٨ م ٠

ي ـ مذهب الظاهرية :

١ ـ الإحكام في أصول الأحكام

للإمام : علي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد ـ المتوفي سنة ٤٥٦ هجرية ـ الطبعة الأولي سنة ١٤٠٤ هجرية ـ الناشر دار الحديث بالقاهرة ـ مكون من ٨ أجزاء

٢ ـ المحـــلي

للإمام : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد ـ المتوفي سنة ٤٥٦ هجرية ـ الناشر دار الآفاق ببيروت الجديدة ـ اسم المحقق : لجنة إحياء التراث العربي

رابعا : المعاجم اللغوية :

١ ـ القاموس المحيط

لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي ـ المتوفي سنة ٨١٧هجرية ـ الطبعة الخامسة سنة ١٤٠٦هـ طبعة مؤسسة الرسالة ببيروت ـ أسم المحقق محمد نعيم العرقسوسي ٠

٢ـ النهاية في غريب الأثر

للمبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم أبو السعادات الجزري ـ المتوفي سنة ٦٠٦ هجرية ـ طبعة دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٩ هـ ـ ١٩٧٩ م ومكون من خمسة أجزاء ـ اسم المحقق : طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطباخي ٠

٣ ـ بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب

للسيد محمود شكري الألوسي البغدادي ـ طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة ٠

٤ ـ لسان العرب

لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ـ المتوفي سنة ٧١١ هـ ـ الطبعة الأولي

٥ ـ معجم البلدان

لياقوت ابن عبد الله الحموي ـ الناشر : دار صادر ببيروت ـ ومكون من خمسة أجزاء

خامسا : التراجم :

١ـ تراجم الأعلام

لخير الدين الزركلي ـ طبعة المطبعة العربية بمصر ـ طبعة سنة ١٣٤٦ هـ ـ ١٩٢٧ م

٢ـ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان

لأبي العباس أحمد بن محمد بن خلكان المتوفي سنة ٦٨١ هجرية ـ طبعة المطبعة الميمنية بمصر لسنة ١٣١٠ هجرية ٠

سادسا : المراجع الحديثة :

١ ـ إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي

للدكتور : أنور محمود دبور ـ بحث مقارن ـ ١٤٠٥ هـ ـ ١٩٨٥ م ـ طبعة دار الثقافة العربية مكون من كتاب واحد ٠

٢ـ أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي

للدكتور محمد يوسف موسي ـ طبعة دار الكتاب العربي بمصر ـ طبعة سنة ١٣٧٦ هـ

٣ ـ أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي

للدكتور : محمد نبيل سعد الشاذلي ـ الجزء الأول : عقد الزواج وآثاره الناشر دار النهضة العربية ١٤٠٩ هـ ـ ١٩٨٩ م ٠

٤ ـ أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري

للدكتور : عبد العزيز رمضان سمك ـ طبعة سنة ١٤٢٦ هـ ـ ٢٠٠٥ ـ الناشر شركة ناس للطباعة بالقاهرة ـ رقم الإيداع بدار الكتب بمصر ١٠٥٤ لسنة ٢٠٠١ م ٠

٥ ـ أحكام الأسرة في الإسلام

للدكتور : محمد سلام مدكور ـ طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة طبعة سنة ١٩٧٧ م

٦ ـ أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية

للدكتور : زكريا البري ـ طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٧٩ م

٧ ـ أصول الفقه

لفضيلة الشيخ : محمد زكريا البرديسي ٠

٨ ـ أصول الفقه الإسلامي

للدكتور : عبد المجيد مطلوب ـ طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة ـ طبعة سنة ١٩٩٢

٩ ـ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية

لفضيلة الشيخ : محمد محي الدين عبد الحميد ـ الناشر مطبعة السعادة بالقاهرة ـ الطبعة الثالثة لسنة ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م ٠

١٠ ـ البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية

للدكتور سعد الدين مسعد هلالي ـ دراسة حصلت علي جائزة أفضل كتاب في العلوم الإجتماعية في معرض الكتاب العربي السابع والعشرين بدولة الكويت لسنة ٢٠٠٢

١١ ـ الزواج وأحكامه في الشريعة الإسلامية وفي المحاكم المصرية

للأستاذ الدكتور : عبد الغفار إبراهيم صالح ـ طبعة ١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠١ م

١٢ ـ الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي

لكل من : يحي شريف ـ محمد عبد العزيز سيف النصر ـ محمد عدلي مشالي ـ طبعة مكتبة القاهرة الحديثة ـ الطبعة الأولي لسنة ١٩٥٨ م ٠

١٣ ـ الفقه الإسلامي وأدلته

للدكتور : وهبة الزحيلي ـ الطبعة الرابعة ـ طبعة دار الفكر بدمشق ـ طبعة سنة ١٩٩٧م ٠

١٤ ـ الفقه الإسلامي وتنظيم العلاقات الاجتماعية

للدكتور : محمد الشحات الجندي أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق ـ جامعة حلوان

١٥ ـ الموسوعة الفقهية الميسرة ـ كتاب الزواج

للأستاذ الدكتور : محمد إبراهيم الحفناوي ـ الناشر مكتبة الإيمان بالمنصورة

١٦ ـ الوسيط في أحكام الأسرة

للدكتور : أحمد الغزالي ـ الكتاب الأول ـ الزواج ـ الناشر دار النهضة العربية ـ طبعة سنة ١٤٢٠ هـ ـ مطبعة جامعة طنطا للكتاب الجامعي رقم الإيداع ١٧٢٢٦ لسنة ١٩٩٩ م ٠

١٧ ـ حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي

للأستاذ الدكتور يوسف قاسم ـ مكتبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ـ طبعة ١٤٢٥ هـ

١٨ ـ دراسات في أحكام الأسرة

للدكتور محمد بلتاجي ـ الناشر : مكتبة الشباب بالقاهرة طبعة سنة ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨١ م

١٩ ـ زواج المسيار ـ حقيقته وحكمه

للدكتور يوسف القرضاوي ـ الناشر مكتبة وهبه بالقاهرة ـ الطبعة الثانية سنة ١٤٢٥ ـ ٢٠٠٥ م

٢٠ ـ كتاب الزواج العرفي

للأستاذ : سعيد عبد العظيم ـ الناشر : دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ١٣٨٥٦ لسنة ٢٠٠٢ م ٠

٢١ ـ كتاب تحفة العروس أو الزواج الإسلامي السعيد

تأليف الأستاذ : محمود مهدي الإستانبولي ـ طبعة المكتب الإسلامي ـ الطبعة الخامسة لسنة ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤ م ٠

٢٢ ـ كتاب شرح لائحة المأذونين

للمستشار : أنور العمروسي ـ الناشر دار العدالة ـ بعابدين بالقاهرة ٠

٢٣ـ مبادئ الطب الشرعي والسموم

لكل من : محمد شريف ومحمد عبد العزيز البهنساوي ـ طبعة مكتبة القاهرة الحديثة ـ طبعة سنة ١٩٦٠ م ٠

٢٤ ـ مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما

للأستاذ المستشار : أحمد نصر الجندي طبعة دار الفكر العربي بالقاهرة ـ الطبعة الثالثة طبعة سنة ١٩٧٣ م ٠

٢٥ ـ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما

الجزء الأول في الاثبات والمرافعات والقضاء الاداري المجلد الاول في الاثبات والاختصاص للمستشار محمد ابراهيم خليل وآخرين ـ طبعة دار المعارف ـ طبعة ١٩٨٥

٢٦ ـ محاضرات في عقد الزواج وآثاره

للإمام : محمد أبو زهرة ـ الناشر دار الفكر العربي للنشر والتوزيع ـ رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ٨٣٨٢ لسنة ١٩٨٧ م ٠

٢٧ ـ موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية

للمستشار : محمد عزمي البكري ـ طبعة ١٩٩٧ ـ الناشر دار محمود للنشر والتوزيع ـ رقم الايداع بدار الكتب المصرية ٤٨٤٧

٢٨ ـ نظام الأسرة وأحكامها في الشريعة والقانون

للأستاذ الدكتور : محمد علي محجوب

سابعا : دوريات :

١ ـ جريدة الأهرام ـ السنة ١٣٠ العدد ٤٣٦٣٥ ـ بتاريخ ٢٦ مايو ٢٠٠٦ م

٢ ـ جريدة المصري اليوم ـ السنة الثانية العدد ٧١١ ـ بتاريخ ٢٥ مايو ٢٠٠٦ م

٣ ـ مجلة صباح الخير ـ العدد ٢٦١٤ ٧ ـ بتاريخ فبراير سنة ٢٠٠٦ م

٤ ـ مجلة منبر الإسلام ـ عدد صفر لسنة ١٤١٨ هجرية

الـــــفـــــهـــرس

الـــمـــوضـــوع	رقم الصفحة
مقدمة	
الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي	
الباب الأول : في الأسس والمفاهيم الشرعية لعقد الزواج	١
الفصل الأول	٢
المبحث الأول	٢
تعريف عقد الزواج لغة وإصطلاحا	٢
حكمة مشروعية الزواج	٣
الحكم الشرعي للزواج	٤
أدلة مشروعية الزواج	٥
بيان ما ينبغي أن يكون عليه كلا من الزوجين	١١
المبحث الثاني : أركان عقد الزواج وشروطه	١٤
أركان عقد الزواج	١٤
الألفاظ التي ينعقد بها النكاح	١٦
صيغة الإيجاب والقبول	٢٠
حكمة تشريع الصيغة في عقد الزواج	٢١
شروط صيغة عقد الزواج	٢١
مدي جواز إنعقاد الزواج بعاقد واحد	٢٦
المبحث الثالث	٣٠
شروط عقد الزواج	٣٠

الفصل الثاني ٤٠

المبحث الأول : عقد الزواج وأحكامه ٤٠

أنواع عقد الزواج ٤٠

حكم كل نوع من أنواع الزواج ٤٢

المبحث الثاني : بعض أنواع الزواج الأخري وحكم الشرع فيها ٥٠

نكاح الشغار ٥٠

نكاح المسيار ٥٢

النكاح المؤقت ٥٥

نكاح المتعة ٥٦

المبحث الثالث ٥٨

شبه الشيعة الإمامية في حل زواج المتعة ٥٨

الرد علي شبه الشيعة الإمامية في حل زواج المتعة ٦٠

الباب الثاني : الولاية في عقد النكاح ٦٦

الفصل الأول ٦٧

المبحث الأول : في تعريف الولاية لغة وإصطلاحا وحكمها وحكمة مشروعيتها وأسباب ثبوتها ٦٧

تعريف الولاية في اللغة ٦٧

الولاية في إصطلاح الفقهاء ٦٨

حكم الولاية وحكمة مشروعيتها ٦٩

أسباب ثبوت الولاية ٧٢

المبحث الثاني : أنواع الولاية ٧٣

أنواع الولاية في مذهب الإمام أبو حنيفة ٧٣

أنواع الولاية عند جمهور الفقهاء ٧٤

الفرق بين ولاية الندب والإستحباب وولاية الشركة والإختيار ٧٥
الفصل الثاني ٨٠
المبحث الأول : ولاية الإجبار ٨٠
الأوصاف التي تثبت بها ولاية الإجبار ٨١
من تثبت لهم ولاية الإجبار ٨٢
ماذا إذا لم يكن لمن يراد تزويجها أقارب من العصبات ٨٥
المبحث الثاني : مناط ثبوت ولاية الإجبار ٨٩
مناط ثبوت ولاية الإجبار عند الحنفية ٨٩
مناط ثبوت ولاية الإجبار عند الجمهور ٩١
إجبار البكر علي النكاح ٩٣
هل يجوز تزويج اليتيمة جبرا عنها ٩٤
الفصل الثالث ٩٦
المبحث الأول : ولاية الندب والإستحباب وولاية الشركة والإختيار ٩٦
ولاية الندب والإستحباب ٩٦
ولاية الشركة والإختيار ٩٧
النكاح بعبارة المرأة ٩٨
معني إنعقاد الزواج بعبارة المرأة ١٠٠
رأي الجمهور وأدلتهم في إنعقاد الزواج بعبارة المرأة ١٠١
رأي الحنفية وأدلتهم في إنعقاد الزواج بعبارة المرأة ١٠٥
موازنة بين أدلة الطرفين ١١٠
تـعـلـيـق ١١١
لم إشترطت الشريعة الإسلامية وليا للمرأة ١١٣
إستحباب أخذ رأي الأم في عقد نكاح إبنتها ١٢٠

المبحث الثاني ١٢٤

هل تثبت الولاية على السفيه ١٢٤

الفصل الرابع ١٢٨

المبحث الأول : ترتيب الأولياء ١٢٨

الأقارب من جهة العصبات ١٢٩

الأقارب من غير العصبات ١٣٠

أسس الترجيح بين جهات العصبة بالنفس ١٣٠

المبحث الثاني : ١٣٤

شروط الولـــي ١٣٤

المـبحث الثالث : مراتب تزويج الأولياء ١٤١

مراتب تزويج الأولياء ١٤١

حكم عقد زواج الأولياء ١٤٢

الـفصل الخامس ١٤٥

المبحث الأول : عضل الولي ١٤٥

حكم عضل الولي ١٤٦

المـبحث الثاني : غيبة الولي ١٥٠

حكم غيبة الولي ١٥٠

آراء الفقهاء في غيبة الولي ١٥١

الوصاية في الزواج ١٥٣

الباب الـثـالـث : الـشـهـادة فـي عـقـد الـنـكـاح ١٥٥

الفصل الأول ١٥٦

المبحث الأول ١٥٦

تعريف الشهادة في اللغة ١٥٦

تعريف الشهادة في اصطلاح الفقهاء ١٥٧
الحكمة من إشتراط الشهادة ١٥٧
ماهية الشهادة في عقد النكاح ١٥٩
بعض الآراء الشاذة في موضوع الشهادة ١٦٢
مذهب الشيعة الإمامية وبعض الفرق الأخري ١٦٢
نقض هذه الشبهة ١٦٦
المبحث الثاني : وقت وجوب الشهادة ١٦٨
هل الشهادة شرط لصحة الزواج ١٦٩
نكاح السر ١٧٢
أدلة من لا يجيزون نكاح السر ١٧٣
الرأي الراجح في نكاح السر ١٧٤
الفرق بين الإشهاد والإشهار ١٧٦
هل تكفي الشهادة عن الإعلان في عقد الزواج ١٧٨
المبحث الثالث ١٨١
الأدلة علي أن الشهادة شرط في صحة النكاح ١٨١
حكم الإشهاد علي عقد النكاح ١٨٢
الفصل الثاني ١٨٤
المبحث الأول : شروط الشهادة ١٨٤
شروط الشهود المتفق عليها بين الفقهاء ١٨٤
المبحث الثاني ١٨٧
شروط الشهود المختلف فيها بين الفقهاء ١٨٧
الرأي الراجح في مسألة الشهود ٢٠٣
شهادة الأصول والفروع في الزواج ٢٠٤

صور بعض عقود الزواج التي تصح بشهادة واحد عند الحنفية ٢٠٥
من أحكام محكمة النقض في الشهادة ٢٠٦
الباب الرابع : في حكم الزواج العرفي ٢٠٩
الفصل الأول ٢١٠
المبحث الأول : تعريف الزواج العرفي وأقسامه وشروط العمل به وصوره وأشكاله ٢١٠
تعريف العرف ٢١١
أقسام العرف ٢١٣
شروط العمل بالعرف ٢١٥
صور الزواج العرفي وأشكاله ٢١٦
الزواج عبر الإنترنت وحكمه ٢١٨
هل النية الحسنة في الزواج العرفي تصححه ٢٢٠
حديث عائشة رضي الله عنها وأنواع النكاح في الجاهلية وفي الإسلام ٢٢٠
المبحث الثاني : أسباب وجود ظاهرة الزواج العرفي ٢٢٢
الأسباب التي دعت إلي ظاهرة الزواج العرفي ٢٢٢
المبحث الثالث ٢٤٢
المأذون ووقت ظهوره ٢٤٢
تاريخ إنشاء المأذونيات ٢٤٤
الفصل الثاني ٢٤٨
المبحث الأول ٢٤٨
الحقوق المترتبة علي عقد الزواج الشرعي الصحيح الموثق والغير متوافرة في عقد الزواج العرفي ٢٤٩
الحقوق الخاصة بالزوجة ٢٥٠

الحقوق الخاصة بالزوج ٢٥٦
الحقوق المشتركة بين الزوجين ٢٦٣
المبحث الثاني : مناقشة لبعض المشاكل المترتبة علي الزواج العرفي ٢٧٢
هل يحق للمتزوجة رسميا أن تطلب الطلاق في حالة زواج زوجها بأخري عرفيا ٢٧٢
مدي أحقية الرجل المتزوج عرفيا في رفع دعوي إثبات علاقة زوجية ٢٧٣
الفصل الثالث ٢٧٦
المبحث الأول : الآثار السلبية المترتبة علي عقد الزواج العرفي ٢٧٦
الآثار السلبية المترتبة علي عقد الزواج العرفي ٢٧٦
المبحث الثاني : كيفية الحد من إنتشار الزواج العرفي ٢٨٤
أهم الحلول التي تساعد علي الحد من إنتشار ظاهرة الزواج العرفي ٢٨٤
المبحث الثالث : ٢٩٩
حكم الزواج العرفي ٢٩٩
آراء العلماء المحدثين في الزواج العرفي ٣٠٠
أهم الاقتراحات بتجريم الزواج العرفي ٣٠٤
الفصل الرابع ٣٠٧
المبحث الأول : طرق إثبات النسب في الزواج الشرعي وفي الزواج العرفي
إثبات النسب بالفراش ٣٠٨
إثبات النسب بالإقرار ٣٠٨
إثبات النسب بالبينة ٣٠٩
مدي جواز ثبوت النسب الناتج عن الزواج العرفي ٣١٠
المبحث الثاني : شروط ثبوت النسب ٣١٥
بيان وتعريف ٣١٥

شروط ثبوت النسب ٣١٦

المبحث الثالث : أسباب ثبوت النسب والزواج الفاسد وإبن الزنا وهل يثبت بهما النسب من عدمه ٣٢٤

أسباب ثبوت النسب ٣٢٤

إبن الزنا وهل يثبت به النسب ٣٢٤

الزواج الفاسد وهل يثبت به النسب ٣٢٧

الفصل الخامس ٣٣٠

القيافة واللعان وتحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية ودورهم في ثبوت النسب ٣٣٠

مقدمة وبيان ٣٣٠

المبحث الأول : ٣٣٢

القيافة ودورها في إثبات النسب ٣٣٢

المبحث الثاني ٣٤٢

اللعان وآثره علي نفي النسب ٣٤٢

المبحث الثالث ٣٤٩

فحص فصائل الدم ودوره في إثبات النسب ٣٤٩

المبحث الرابع ٣٥٢

البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ٣٥٢

الآراء التي تؤيد جواز الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل علي اثبات النسب أو نفيه ٣٥٤

ما الموقف إذا أنكر الزاني النسب أو لم يتقدم للتحليل ٣٥٧

الرد علس فتوي الشيخ القرضاوي ٣٦٠

ماذا لو تم الحكم بثبوت النسب مع إمتناع الرجل من التحليل
والرأي من تطبيقه القضية الشهيرة ؟ ٣٧٦
مناقشة الحكم الاستئنافي والتعليق عليه ٣٧١
هل أخطأ القاضي ٣٨٠
خاتمة ٣٨٣
المراجع ٣٨٦
الفهرس ٣٩٩

تمت بحمد الله

هذا الكتاب

هو أول رسالة ماجستير فى مصر تتعرض لمشكلة الزواج العرفى من الناحية القانونية

الولاية والشهادة في النكاح

وحكم الزواج العرفي

وهو محاولة جادة لبيان حكم الزواج العرفى الذى انتشر بين الكثير من شرائح المجتمع وبخاصة بين طلبة وطالبات الجامعات وقد تناولت فيه أهم المشكلات القانونية والشرعية المرتبطة بهذا العقد وكيفية الحد من انتشاره ويتضمن الموضوعات الآتية:

- الزواج العرفى وهل هو زنا وحرام وباطل شرعا أم لا ؟
- لماذا لم يرتب القانون أية حقوق للمتزوجة عرفيا إلا فى حالة واحدة فقط - ما هى ؟
- هل من تزوج نفسها بدون وليها زانية ؟ وابن الزنا لمن يثبت نسبه لأبيه أم لأمه ؟
- حكم الولى وهل يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولم اشترطت الشريعة وليا للمرأة ؟
- الفرق بين الشهادة والإشهار فى عقد الزواج الرسمى وفى الزواج العرفى
- أثر الشهادة فى عقد النكاح وحكم زواج السر
- المأذون ووقت ظهوره والموقف القانونى للعقود التى تتم بدون المأذون
- سبب انتشار الزواج العرفى بين طلبة وطالبات الجامعات وغيرهم من شرائح المجتمع
- سبب ازدياد عمليات ترقيع غشاء البكارة والإجهاض لدى المتزوجات عرفيا
- البصمة الوراثية وهل يثبت بها النسب فى الزواج العرفى ؟
- قصور التشريع والمطالبة بتعديل المادتين ١٧ و ٧ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية المعدل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠
- التعليق على حكم محكمة زنانيرى فى أشهر قضية زواج عرفى فى مصر وهل الحكم الصادر بثبوت النسب فيها مخالف لأحكام الشريعة أم لا ؟

وفى النهاية هو قول فإن وافق الحق فمن الله وإن أخطأه فمن نفسى ومن الشيطان والله الموفق والهادى إلى سواء السبيل.

المؤلف
جمال الضمراني
المحامى بالنقض